3 1761 06759970 4

Digitized by the Internet Archive
in 2010 with funding from
University of Toronto

http://www.archive.org/details/zurlehrevondenfo00schl

Zur

Lehre von den Formalcontracten

und der

Querela non numeratae pecuniae.

Zwei Abhandlungen

von

Rudolph Schlesinger,
Doctor der Rechte und Privatdocenten zu Göttingen.

Leipzig,
Verlag von S. Hirzel.
1858.

Dem

Herrn Geheimen Justizrath

Georg Julius Ribbentrop

zu Göttingen

in dankbarer Verehrung

gewidmet.

KK
1640
S35
1858

Vorwort.

Die Lehre von dem Rechtsgrunde der obligatorischen Verträge und den Formalcontracten ist zwar erst in den letzten Jahrzehnten in ihrer Bedeutung für das System des Privatrechtes gebührend gewürdigt worden, hat sich seitdem aber auch mehrerer gediegenen Bearbeitungen in der Deutschen rechtswissenschaftlichen Literatur zu erfreuen gehabt. So findet, wer dieses Gebiet in der Hoffnung, nach einzeln Richtungen hin tiefer, als seine Vorgänger einzudringen, von Neuem betritt, Dank den trefflichen Leistungen derselben, namentlich Liebe's, Gneist's und Bähr's, überall gebahnte Wege vor, denen er sich wenigstens eine gute Strecke weit unbedenklich anvertrauen kann. Dennoch ist die Veröffentlichung der nachfolgenden beiden Abhandlungen entschuldigt, wenn den Verfasser eben jene Hoffnung, welche ihn erfüllte, nicht ganz getrogen hat. Ich sage, der beiden Abhandlungen; denn auch der Gegenstand der zweiten, die querela non numeratae pecuniae, gehört nach der hier vertheidigten Auffassung desselben, welche als eine Rectification der vor wenigen Jahren von Bähr dargelegten bezeichnet werden kann, wesentlich der oben genannten Lehre an. Daß aber die erste Abhandlung nicht, wie es bei dem Gange, den die Untersuchungen des Verfassers nahmen, oft nahe lag, eine umfassende Darstellung der allgemeinen Grundzüge dieser Lehre enthält, sondern sich zu ihrer eigentlichen Aufgabe nur die Beantwortung der bestimmten in der Ueberschrift enthaltenen Frage gesetzt hat, wird wohl nicht als ein Mangel erscheinen, da gerade jene allgemeinen Grundzüge von Bähr in seinem Buche: „Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund" so befriedigend dargelegt sind; für den Verfasser gab den äußern Anlaß, gerade jenen bestimmten Gesichtspunct aufzustellen, das Be-

dürfniß, für die Lösung so mancher Fragen in der Lehre von der querela non numeratae pecuniae eine feste Grundlage zu gewinnen.

Ueber zwei literarische Erscheinungen, welche mir erst während des Druckes der ersten Abhandlung, zu spät, um in derselben berücksichtigt zu werden, zu Gesicht kamen, habe ich noch Weniges hinzu zu fügen. Die eine derselben ist das Buch von Kuntze: „Die Lehre von den Inhaberpapieren" (Leipzig, 1857), welches beim §. 12 zu benutzen gewesen wäre. Namentlich führt Kuntze dort seine Ansicht, daß die Ausstellung des Connossementes ein Formalcontract sei (vgl. §. 12, Anm. 30), etwas eingehender, indessen nichts weniger als überzeugend aus. — Mehr noch schlägt in die von mir behandelten Materien ein die im zweiten Hefte des zweiten Bandes der „Jahrbücher für die Dogmatik des Privatrechts" erschienene erste Hälfte einer Abhandlung von Bähr: „Zur Verständigung über den Anerkennungsvertrag, sowie die formellen Verträge des heutigen Rechts überhaupt". Ich freue mich sehr, mit dem Verfasser, so weit es sich darum handelte, die Bedeutung des Gegensatzes der Formalverträge und der materiell bestimmten Verträge darzulegen und namentlich gegen die Angriffe von Arndts zu verfechten, nicht nur in der ganzen Auffassung, sondern auch in den Einzelheiten der Ausführung so vielfach zusammengetroffen zu sein: Manches in den ersten Partien meines Buches hätte wohl etwas kürzer gefaßt werden können, wenn mir die Bähr'sche Abhandlung damals schon zu Händen gewesen wäre. Andrerseits scheint mir freilich der Verfasser für seine Ansicht von der condictio indebiti, seine Auslegung der l. 25 D. de prob. und seine Lehre vom heutigen Anerkennungsvertrage nichts erhebliches Neues beigebracht zu haben, so daß insoweit die Unbekanntschaft mit seinem Aufsatze meiner Arbeit zu keinem bedeutenden Nachtheile gereicht haben möchte.

Göttingen, im März 1858.

Der Verfasser.

Inhalt.

I. Welche obligatorischen Verträge sind nach Römischem, und nach heutigem Deutschen Recht Formalverträge?

Seite

§. 1. Der Gegensatz der Formalverträge und der materiell individualisierten Verträge 3

Erster Abschnitt.

Römisches Recht.

§. 2. Die Stipulation: 1. nach Civilrecht 17
§. 3. Die Stipulation: 2. nach prätorischem Recht 29
§. 4. Fortsetzung. L. 25, §. 4 D. de probationibus und l. 13 C. de non numerata pecunia 39
§. 5. Die übrigen Formalcontracte des classischen Rechtes 63
§. 6. Der angebliche neuere Literalcontract 67
§. 7. Die Stipulationsurkunde 79
§. 8. Anhang: das pactum nudum 90

Zweiter Abschnitt.

Heutiges Recht.

§. 9. Die Regel: die materiell bestimmten Verträge 95
§. 10. Fortsetzung: insbesondere von der Fidejussion, Novation und Delegation 114
§. 11. Der angebliche formale Anerkennungsvertrag 129
§. 12. Die Formalcontracte des heutigen Rechtes 165

II. Die querela non numeratae pecuniae.

Erster Abschnitt.

Relation früherer Ansichten und Angabe des eignen Standpunctes.

§. 1. Die gemeine Lehre 180
§. 2. Die Ansicht Bähr's 185
§. 3. Der Standpunct dieser Abhandlung 188

Zweiter Abschnitt.

Das Recht der Zeit des Formularprocesses.

Seite

§. 4. Die möglichen Beziehungen zwischen Darlehnshingabe und Formalcontract 190

§. 5. Die Anfechtung des Formalcontractes wegen Nichtstattfindens der vorausgesetzten Geldzahlung: a) mit condictio sine causa im engern Sinne und entsprechender exceptio doli 203

§. 6. Die Anfechtung des Formalcontractes wegen Nichtstattfindens der vorausgesetzten Geldzahlung: b) mit condictio causa data causa non secuta und entsprechender exceptio doli 207

§. 7. Die exceptio non numeratae pecuniae gegen Klagen aus Formalcontracten 216

§. 8. Die Verjährung der exceptio non numeratae pecuniae und der entsprechenden condictio causa data causa non secuta 223

§. 9. Analoge Anwendungen der Verjährung der exceptio non numeratae pecuniae 235

Dritter Abschnitt.

Das spätere Römische Recht.

§. 10. Die exceptio non numeratae pecuniae im Justinianischen Rechte als Beweiseinrede gegen Darlehnsscheine 250

§. 11. Objectiver Umfang der auf die Beweiseinrede übertragenen Verjährung 256

§. 12. Sonstige Verordnungen des Justinus und des Justinianus über die querela non numeratae pecuniae 262

§. 13. Die querela non numeratae dotis des Justinianischen Rechtes . . 267

Vierter Abschnitt.

Rechtfertigung der aufgestellten Ansicht.

§. 14. Widerlegung der gemeinen Lehre. 279

§. 15. Widerlegung der Ansicht Bähr's 291

§. 16. Auslegung mehrerer Quellenstellen nach der neuen Ansicht . . . 301

Fünfter Abschnitt.

Anwendung auf das heutige Recht.

§. 17. Die querela non numeratae pecuniae im heutigen Rechte 320

I.

Welche obligatorischen Verträge sind nach Römischem, und nach heutigem Deutschen Recht Formalverträge?

---

§. 1.

Der Gegensatz der Formalverträge und der materiell individualisierten Verträge.

Es ist meine Absicht, in dieser Abhandlung zu untersuchen, welche Arten der obligatorischen Verträge im classischen Römischen und im Justinianischen, so wie im heutigen Rechte als Formalcontracte zu betrachten sind. Ich will zu dem Ende vorher darlegen, in welchem Sinne ich diese Bezeichnung verstehe, und welche Bedeutung die sich daran knüpfende Unterscheidung für das Rechtsleben hat.

Der Gegensatz zwischen den formellen und den sogenannten materiellen Verträgen ist in frühern Jahrhunderten von den juristischen Schriftstellern wenig oder gar nicht beachtet worden. So viel mir bekannt, hat Savigny zuerst die Eigenthümlichkeit der formellen Contracte scharf hervorgehoben in einleitenden Bemerkungen zu seiner Abhandlung „über den Literalcontract der Römer“[1]), ohne jedoch, wie es scheint, dieser Verschiedenheit in der Natur der Verträge große Bedeutung für das System des Obligationenrechtes beizulegen. Erst Liebe[2]) hat auf die Unterscheidung zwischen „formalen“ und „materiellen Contracten“ großen Nachdruck gelegt, und seine eingehenden Untersuchungen über die Römische Stipulation, so wie über das Princip des heutigen Wechselrechtes an dieselbe angeknüpft. In ähn-

[1]) Abhandlungen der Berl. Akademie von 1816 u. 17. S. 289 ff., und Savigny, vermischte Schriften, Bd. 1, S. 205 ff. Vgl. auch Obl.-R. Bd. 2, S. 197.

[2]) Die Stipulation und das einfache Versprechen, §§. 1. 6—8. Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. Bd. 15, S. 63 f. 71 f. 197—212. Entwurf e. WO. f. d. Herz. Braunschweig (1843), S. 39—44. Die Allg. D. WO. (1848), Einleitung, S. XXIII—XXXIV.

licher Weise haben seitdem Gneist[3]) und Bähr[4]) jenen Gegensatz ihren obligationenrechtlichen Erörterungen zu Grunde gelegt.

Es soll hier nicht auf die Abweichungen eingegangen werden, welche zwischen diesen einzeln Schriftstellern in Bezug auf die Auffassung des Formalcontractes und seines Gegensatzes zu den andern obligatorischen Verträgen obwalten, noch sollen die Einwendungen vorgetragen werden, die etwa gegen manche Puncte ihrer Darstellungen zu erheben wären. Wie mir scheint, hat Bähr den fraglichen Gegensatz am befriedigendsten dargelegt, so daß ich mich im Wesentlichen an ihn anschließen kann.

Das Wesen des obligatorischen Vertrages besteht darin, daß durch den übereinstimmend erklärten Willen der Parteien, die eine solle der andern zu einer Leistung, welche irgend einen Vermögenswerth hat, verpflichtet sein, diese Verpflichtung und das entsprechende Forderungsrecht in der That rechtlich begründet werden. Das Vermögen des Gläubigers erscheint also zunächst durch den Vertrag als um dieses Recht erweitert, gerade wie das Vermögen Desjenigen, dem von einem Andern ein dingliches Recht durch Vertrag[5]) übertragen wird.[6]) In beiden Fällen ist jedoch das materielle Endergebniß des ganzen unter den Contrahenten vorgegangenen Geschäftes ein verschiedenes, je nachdem sie diese Erweiterung des Vermögens der einen Partei auf Kosten der andern alleinstehend, oder in rechtlicher Beziehung auf einen sonstigen vermögensrechtlichen Umstand gewollt haben, der dem Vorgange den Charakter einer reinen Bereicherung des Erwerbers der Obligation oder des dinglichen Rechtes benimmt. Diese Beziehung zu den sonstigen vermögensrechtlichen Verhältnissen des Erwerbers, in welcher die Parteien die Entstehung seiner Forderung oder seines dinglichen Rechtes wollen, soll der Rechtsgrund oder die causa[7]) des Rechtsgeschäftes heißen, so jedoch, daß

[3]) Die formellen Verträge des neuern römischen Obligationenrechts, Abth. II.: die Stipulation und ihre causa, §§. 1 u. 9.

[4]) Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, §§. 3—8.

[5]) Unter diesem Vertrage ist natürlich nicht bloß ein formloser zu verstehen, sondern auch der in Form der Tradition, der Mancipation, oder in irgend einer andern erforderlichen Form abgeschlossene.

[6]) Ich wähle zur Vergleichung mit dem Verpflichtungsvertrage nur die Uebertragung eines dinglichen Rechtes, obwohl ganz Analoges auch von dem Vertrage gilt, durch welchen eine bestehende Obligation aufgehoben wird.

[7]) In den Quellen kommt das Wort causa häufig in dieser Bedeutung vor,

die rechtliche Nichtbeziehung auf irgend etwas außerhalb des erworbenen Rechtes Liegendes, also die etwa gewollte einfache Bereicherung, darunter mitbegriffen wird.

Alle Uebertragungen von *dinglichen Rechten* scheiden sich in Rücksicht auf den Rechtsgrund in zwei große Classen, je nachdem sie unentgeltlich, oder im Austausche für eine dagegen stattfindende Vermögensaufopferung von Seiten des Erwerbers geschehen. Im erstern Falle sind sie *Schenkungen*; im andern ist factisch das Gewöhnlichste, daß durch die Uebertragung des dinglichen Rechtes zugleich ein eben hierauf, oder auch auf einen andern Gegenstand gerichtetes Forderungsrecht des Erwerbers getilgt werden soll, so daß also die Erfüllung einer Obligation oder eine in solutum datio vorliegt; sonst soll damit entweder eine Verbindlichkeit des Erwerbers begründet werden, wie beim Hingeben eines Darlehns, oder schlechthin eine Vorleistung für eine erwartete Gegenleistung des Erwerbers, oder endlich eine Gegenleistung für eine aus diesem Rechtsgrunde schon geschehene Vorleistung desselben vorgenommen werden. Auch bei vertragsmäßigen *Obligationen* kann nun ein jeder dieser Rechtsgründe stattfinden. Was zunächst die unentgeltliche Obligation betrifft, so ist nur zu beachten, daß sie nicht mit Nothwendigkeit unter den Begriff der *Schenkung*, sondern, nach Maßgabe ihres Inhaltes, oft nur unter den allgemeineren der *Liberalität* fällt. Entgeltlich kann die Begründung einer Obligation zunächst gleichfalls solvendi causa geschehen, d. h. um eine bestehende Obligation dieses Inhaltes zu erfüllen. Dem Falle der in solutum datio ferner steht hier die Novation gleich, d. h. die Eingehung einer neuen Verbindlichkeit gegen Aufhebung einer ältern Forderung des Gläubigers.[8]) Sodann giebt es eine große

---

namentlich bei dem Rechte der condictiones sine causa; eigentlich technischen Ausdruck hierfür darf man es indessen wohl schon deshalb nicht nennen, weil es außerdem auch in andern, nahe verwandten Bedeutungen vielfach gebraucht wird. So bezeichnet es z. B. in l. 7, §§. 2. 4 D. de pact. 2, 14 ganz speciell die Vorleistung bei der Abschließung eines Innominatcontractes, in l. 52 u. l. 65, pr. §. 2 D. de cond. ind. 12, 6 dagegen einen thatsächlichen Beweggrund für die Vornahme eines Rechtsgeschäftes, der außer aller rechtlichen Beziehung zu demselben bleibt. Wieder eine andere, ganz eigenthümliche Bedeutung hat es bei der pollicitatio an eine Gemeinde.

[8]) Nur wo eine Forderung des Novationsgläubigers selbst noviert wird, kommt die Novation als Rechtsgrund für die neue Forderung in Betracht. Hat sich der

Anzahl von obligatorischen Geschäften, wodurch gleichzeitig mehrere Obligationen mit entgegengesetzten Parteirollen unter den Contrahenten begründet werden; hier ist jede einzele Obligation zugleich Rechtsgrund für die andere. Die einzeln Obligationen können dabei unbedingt sein, wie im Falle des Kaufes, der Miethe, der Societät und ähnlicher Geschäfte, oder bedingt, vielleicht sogar von entgegengesetzten Bedingungen abhängig, wie z. B. bei der Wette. Endlich kann auch irgend eine andere Vermögensaufopferung von Seiten des Gläubigers Rechtsgrund der Obligation sein, geschehe sie gleichzeitig, wie beim Darlehen, oder sei sie schon früher in dieser Absicht geschehen, oder werde sie noch erwartet.[9]) Der Rechtsgrund einer Obligation kann auch aus mehrern der erwähnten Momente zusammengesetzt sein: so ist z. B. für die Obligation des Commodatars Rechtsgrund zugleich das Hingeben der Sache zur Benutzung und die durch den Abschluß des Commodates vom Commodanten übernommene eventuelle Verpflichtung, für einen etwa dem Commodatar durch gröbliche Fahrlässigkeit verursachten Schaden Ersatz zu leisten.

Mit jenen beiden Hauptformen, der reinen Liberalität und dem Erwerbe der Obligation um eine Gegenleistung, sind jedoch für die Obligation die denkbaren Fälle des Rechtsgrundes noch nicht erschöpft. Während die Uebertragung des Eigenthums einer Sache an Jemand, dem sie bereits gehört, undenkbar, und ein hierauf gerichteter Vertrag (Tradition) bedeutungslos ist, da es eben nur Ein Eigenthum an derselben Sache giebt, so ist dagegen sehr wohl eine erneute Verpflichtung zu einer Leistung denkbar, welche der Gläubiger bereits zu fordern hat, eine Verpflichtung, welche das Vermögen desselben im Erfolge nicht reell erweitern, sondern ihm nur größere Sicherheit wegen der Erfüllung jener schon bestehenden Obligation ge-

Schuldner auf Delegation eines Dritten verpflichtet, so ist der Rechtsgrund für die Forderung des Gläubigers gegen ihn lediglich aus dem Verhältnisse des Gläubigers zu jenem Dritten festzustellen. Vgl. unten §. 10.

[9]) Letzteres natürlich, ohne daß für den Schuldner ein Forderungsrecht darauf begründet wird; denn sonst würde es sich eben wieder um einen gegenseitigen obligatorischen Vertrag handeln. — Den allgemeinen Ausdruck Vermögensaufopferung habe ich deshalb gewählt, weil es sich nicht nothwendig um eine eigentliche Zuwendung an den Schuldner handelt: man denke z. B. die Freilassung eines Sklaven als Gegenleistung für die Obligation, nach der Erklärung, die Savigny, System, Bd. 5, S. 594 ff., von Ulp. l. 3, §. 4 D. de cond. c. d. c. n. s. 12, 4 giebt.

währen soll. Hierher gehören das Bestärkungsversprechen oder Zahlungsversprechen (constitutum) von Seiten des Schuldners selbst[10]) und die Bürgschaft. In der gewollten Anlehnung an eine schon bestehende und fortdauernde Obligation haben wir hier eine dritte Form des Rechtsgrundes, welche diese obligatorischen Verträge als die accessorischen[11]) von den selbstständigen oder principalen absondert.

Irgend ein Rechtsgrund nun muß in jedem Falle von den Contrahenten gewollt sein; denn als vernünftige Wesen wissen sie, daß die gewollte Obligation (eben so das gewollte dingliche Recht) zunächst das Vermögen des Gläubigers auf Kosten des Schuldners erweitert; wenn sie also weiter Nichts, als diese Obligation selbst wollen, so wollen sie dieselbe damit schon als Liberalität des Schuldners gegen

---

[10]) Unrichtig ist die Behauptung von Gneist, a. a. O. S. 146, daß ein reiner Bestärkungsvertrag unter denselben Parteien keine neue Obligation begründe. Sie wird widerlegt durch die Existenz des constitutum debiti proprii und der von Gneist selbst dort besprochenen accessorischen Stipulation neben einer bestehenden Obligation. Wenn Pomp. l. 18 D. de V. O. 45, 1 sagt: „qui bis idem promittit, ipso iure amplius quam semel non tenetur", so erklärt sich dieser Satz daraus, daß die Wirkungen der Stipulation, wie bald zu besprechen sein wird, eben ohne Rücksicht auf ihren Rechtsgrund beurtheilt werden, und daß es daher an jedem Merkmale fehlt, wornach die Obligationen aus zwei Stipulationen, deren Wortlaut die völlige Identität des Gegenstandes erkennen läßt (z. B. „fundum Cornelianum dari spondes?" „eadem decem, quae mihi dari spopondisti, dari spondes?" — vgl. Donell. Comm. ad h. l. n. 11 —, nicht aber z. B. „quod mihi debes, dari spondes?" „quidquid te mihi ex vendito dare facere oportet, quanti ea res est, tantam pecuniam d. sp.?"), von einander gesondert werden könnten. Dabei kommt es aber wieder auf den Rechtsgrund der zweiten Stipulation, ob bloße Bestärkung, oder etwas Anderes, gar nicht an. Vgl. Bähr a. a. O. S. 48, Anm. 3. Dagegen verlangt das Wesen des Bestärkungsvertrages allerdings, daß die Erfüllung der einen Obligation immer die andere zugleich tilge. — Auch die Lehre von Kuntze, die Obligation und die Singularsuccession, §. 48, S. 199 ff., daß das constitutum debiti proprii gleichsam eine prätorische Novation sei und dem Constituenten eine Exception gegen die Klage aus der ursprünglichen Obligation verschaffe, halte ich für irrig. Im Einzeln kann ich diesen Punct hier nicht erörtern, und will nur noch bemerken, daß allerdings, wenn in dem Constitutum der Inhalt der ursprünglichen Obligation zu Gunsten des Schuldners modificiert ist, darin zugleich ein pactum de non petendo liegen kann. In einigen Fällen, wo ein solches darin liegt, aber keineswegs in allen, handelt es sich dann, materiell betrachtet, in der That um eine Novation.

[11]) In einem etwas abweichenden Sinne spricht Savigny, Obl.-R. Bd. 1, S. 45, von accessorischen Obligationen, desgleichen Kuntze a. a. O. §. 89, S. 353 von accessorischen oder dienenden Obligationen.

den Gläubiger. Nur ist allerdings möglich, daß in Folge eines Mißverständnisses jeder der Contrahenten einen andern Rechtsgrund will.

Wenn es demnach allerdings keine Verträge giebt, bei welchen die Contrahenten zwar eine Obligation, aber keinen Rechtsgrund derselben wollten, so ist doch für die obligatorischen Verträge eine zwiefache rechtliche Auffassung denkbar: der übereinstimmende Wille der Parteien über den Rechtsgrund kann entweder als untrennbarer Bestandtheil des obligatorischen Vertrages selbst, oder als ein für die Entstehung der Obligation unerheblicher Umstand betrachtet werden. Während für die erstere Auffassungsweise die Verschiedenheit des Rechtsgrundes Veranlassung giebt, unzählige einzele obligatorische Verträge, einseitige und gegenseitige, nach ihrer materiellen Bedeutung zu unterscheiden, kennt die entgegengesetzte Auffassung in dieser Beziehung nur Einen obligatorischen Vertrag, innerhalb dessen nur noch in Rücksicht auf die Form, in der er geschlossen wird, oder auf den Inhalt der gewollten Obligation[12]) Unterscheidungen möglich sind, und der stets nothwendig einseitig ist, jedoch nur in dem negativen Sinne, daß es für sein Wesen eben gar nicht in Frage kommt, ob für die Obligation eine andere mit umgekehrten Parteirollen den Rechtsgrund abgeben soll, oder nicht. Es liegt auf der Hand, daß in vielen Fällen je nach dieser Verschiedenheit der Auffassung die Frage, ob überhaupt ein obligatorischer Vertrag vorliege, zu verneinen oder zu bejahen sein wird. Zunächst gilt Dies von dem Falle, wo die Contrahenten zwar über die Begründung einer Obligation einig gewesen sind, aber einander über die gewollte causa mißverstanden haben. Aber auch wo die Parteien über die causa einig gewesen sind, kann die materiell individualisierende Auffassung oft darum keinen wirklichen Vertrag anerkennen, weil das als Rechtsgrund Gewollte objectiv nicht existiert, und daher der Wille, eine Obligation mit diesem Rechtsgrunde zu begründen, auf etwas Unmögliches gerichtet war. Wenn z. B. bei einem gewollten Kaufe das Kaufobject eine res extra commercium, und daher das Versprechen des Verkäufers nichtig ist, bei einem ge-

[12]) Namentlich dieses letztere Moment kommt auch bei der Individualisierung, die das positive Recht mit den Verträgen vorgenommen hat, neben dem Rechtsgrunde häufig in Betracht. So sind z. B. bekanntlich in unserm Rechte gewisse gegenseitige Verträge, nur insofern das Object der einen Obligation bei ihnen in Zahlung einer Geldsumme, das Object der andern wieder in andern, besonders bestimmten Handlungen besteht, als Kauf, als Miethe individualisiert.

wollten Darlehn das Eigenthum an dem Gelde in Wahrheit nicht übertragen ist, bei einer gewollten Novation oder einem gewollten Constitutum das neuerdings Versprochene in Wahrheit nicht geschuldet wurde, so ist nach dieser Auffassung auch die gewollte Verpflichtung des Käufers, des Entlehners, des Novationsschuldners, des Constituenten nicht begründet worden.[13]) Alles Dies verhält sich natürlich umgekehrt, wenn für den obligatorischen Vertrag von der gewollten causa abstrahiert wird.

Ferner ist selbst unter der Voraussetzung, daß nach beiden Auffassungen ein obligatorischer Vertrag wirklich vorliege, ihre Verschiedenheit möglicher Weise noch auf den der erzeugten Obligation zuzuschreibenden Inhalt von Einfluß. Wenn das positive Recht die Verträge nach ihrem materiellen Rechtsgrunde individualisiert, so liegt es für dasselbe wenigstens nahe, der Verpflichtung zu einer und derselben Leistung, je nachdem diese Verpflichtung als Bestandtheil des einen, oder des andern Vertrages auftritt, in einzelen Beziehungen verschiedene rechtliche Wirkungen beizulegen, je nach der aus der individuellen Natur des Vertrages mit Wahrscheinlichkeit zu entnehmenden Absicht der Parteien (unter Berücksichtigung der aequitas, würden die Römer sagen).[14]) Auch hiervon kann bei einem Vertrage, der losgetrennt von seinem Rechtsgrunde eine Obligation begründet, so lange es sich nur um die Wirkungen dieses obligatorischen Vertrages selbst handelt, nicht die Rede sein: es fehlt an jedem Anhaltspuncte, um bei Feststellung des Inhaltes der Obligation etwas Anderes, als das strictum ius walten zu lassen.

Insofern nun die vom Rechtsgrunde abstrahierende Auffassung aus der Gesammtheit der Vorgänge unter den Contrahenten ein bei jedem obligatorischen Vertrage vorzugsweise zur äußern Erscheinung kommendes Moment, nämlich die Erklärung des übereinstimmenden Verpflichtungswillens, herausreißt, um daran rechtliche Folgen ohne

[13]) Nur wo der übereinstimmend gewollte Rechtsgrund in einer Liberalität besteht, kann ein objectiver Mangel desselben natürlich nie vorkommen. — Wenn Windscheid, Voraussetzung, Nr. 88, S. 144, in Fällen der im Text bezeichneten Art von einer stillschweigenden Bedingung des Verpflichtungswillens spricht, welche deficiere, so ist Dies wohl geeignet, die richtige Auffassung zu trüben.

[14]) Ich erinnere nur an die sogenannte exceptio non adimpleti contractus bei gegenseitigen Verträgen, an die verschiedenen Grundsätze über Haftung für Culpa u. dgl.

Rücksicht auf die der gewollten Obligation zugedachte materielle Bedeutung zu knüpfen, erscheint sie der andern, diese Bedeutung mit in Betracht ziehenden gegenüber als eine formale, und so rechtfertigt sich der Name Formalcontract für einen in dieser Art aufgefaßten obligatorischen Vertrag. Auch die Bezeichnung desselben als einfachen Versprechens (unter Hinzudenkung der Annahme von Seiten des Gläubigers) wäre zu billigen, wenn nur nicht das „einfach" leicht in dem Sinne verstanden würde, als solle irgend eine positivrechtliche Form, wie die Stipulation, damit ausgeschlossen sein. Für den auf Geben einer bestimmten Summe Geldes gerichteten Formalcontract hat Thöl in seinem „Wechselrecht" den Ausdruck Summenversprechen eingeführt, für den Gegensatz die Bezeichnung Schuldversprechen: doch müßte man, ohne besondere Erläuterung, sprachlich unter jenem Worte eben jedes Versprechen einer Geldsumme, oder vielmehr einer Summe, auch das in seiner materiellen Besonderheit gedachte, unter diesem, da es ja nicht lediglich ein anderer Ausdruck für obligatorisches Versprechen überhaupt sein soll, einzig das Versprechen irgend eines Objectes als eines schon geschuldeten, also das Constitutum, verstehen.

Mit dem Formalcontracte in dem eben dargelegten Sinne stehen an sich die bestimmten positiven Formen des Vertragsschlusses in gar keinem Zusammenhange, welche das Recht für die Gültigkeit oder Klagbarkeit gewisser, oder auch aller obligatorischen Verträge erfordern kann, indem es sich nicht mit dem bloßen, gleichviel in welcher Form erklärten Verpflichtungswillen begnügt. Solche Form kann z. B. in dem gerichtlichen Abschlusse, in der Schriftlichkeit, in der Mündlichkeit, in dem Gebrauche gewisser bestimmter Wortformeln, in der Verbindung gewisser anderer physischer Handlungen mit der Willenserklärung bestehen. Dabei können die betreffenden Verträge immer noch entweder materiell individualisiert, oder schlechthin als der allgemeine Verpflichtungsvertrag aufgefaßt sein. Das Erste ist z. B. der Fall, wenn das Justinianische Recht für schenkungsweise gemachte Versprechungen von Objecten, deren Werth 500 solidi übersteigt, gerichtliche Insinuation verlangt, das Zweite, wie bald näher erörtert werden soll, wenn dasselbe Recht für alle obligatorischen Verträge außer gewissen materiell individualisierten die Form der Stipulation vorschreibt. Bähr[15]) hat vorgeschlagen, die Verträge, welche getrennt von ihrer

[15]) A. a. O. §. 8.

materiellen causa gedacht werden, und die ich hier einfach als Formalcontracte bezeichnet habe, negativ-formelle, diejenigen dagegen, welche rechtlich in einer bestimmten Form geschlossen werden müssen, positiv-formelle zu nennen; das Aeußere dieser Terminologie deutet indessen fälschlich darauf hin, als würde hier eine Haupteintheilung aller obligatorischen Verträge in formelle und nicht formelle vorausgesetzt, so daß nun die negativ-formellen und die positiv-formellen Unterarten der erstern wären, während doch in der That die Eintheilungen in negativ-formelle und nicht negativ-formelle, und in positiv-formelle und nicht positiv-formelle Verträge gedacht sind und zu denken sind als zwei gleichstehende, von einander ganz unabhängige Eintheilungen der obligatorischen Verträge.

Auch bei Uebertragungen dinglicher Rechte findet ganz analog die doppelte Möglichkeit statt, daß das positive Recht den Willen der Parteien über den Rechtsgrund als Bestandtheil des Veräußerungsvertrages, oder als etwas außerhalb desselben Liegendes betrachte. Indessen da die dinglichen Rechte größtentheils zu freier Veräußerlichkeit bestimmt sind, so würde hier ein Rechtszustand höchst unzweckmäßig sein, welcher den Erwerb des Rechtes von der Uebereinstimmung der Parteien über die causa und von der objectiven Existenz der gewollten causa abhängig machte; denn der Verkehr würde erschwert werden, wenn ein neuer Erwerber zu befürchten hätte, daß es seinem Auctor möglicher Weise wegen eines derartigen seinem Erwerbe anhaftenden Mangels an allem Rechte fehle. Daher kommt denn auch nach Römischem, wie nach heutigem Recht für die wirksame Uebertragung dinglicher Rechte der Rechtsgrund durchaus nicht in Betracht[16]), wenige Ausnahmsfälle ausgenommen, in denen Uebertragungen aus gewissen Rechtsgründen, wie z. B. Schenkungen unter Ehegatten, für nichtig erklärt sind.[17]) An-

[16]) Wenigstens ist trotz der vereinzelten scheinbar entgegenstehenden Pandektenstellen allgemein angenommen, daß durch die Tradition ungeachtet eines Mißverständnisses über die causa, z. B. ob Schenkung, oder ob Darlehen, Eigenthum übergehe. Eben so allgemein anerkannt ist es, daß das Erforderniß der „justa causa" bei der Tradition nur den Willen bedeute, Eigenthum zu übertragen, resp. zu erwerben. Daher haben auch Liebe, Stipulation, S. 72 f. und 121 f. und Gneist, form. Verträge, S. 115—125, Unrecht, wenn sie der Tradition die Eigenschaft eines Formalactes absprechen und sie in dieser Beziehung in einen Gegensatz zur Mancipation und zur Stipulation bringen. Vgl. auch Bähr a. a. O. §. 4.

[17]) Auch in diesen Ausnahmsfällen zeigt sich aber der grundsätzlich formale

ders bei obligatorischen Verträgen: hier gilt sowohl im Römischen, als auch im heutigen Rechte ein gemischtes System. Unter einander weichen aber dabei diese beiden Rechte auf das Erheblichste ab. Ersteres, welches als Regel eine positive Form für alle Verträge fordert, faßt dieselben, so weit sie in dieser abgeschlossen sind, ohne Individualisierung lediglich von ihrer formalen Seite auf, und läßt nur ausnahmsweise daneben durch gewisse materiell individualisierte Verträge auch ohne positive Form klagbare Obligationen begründet werden. Unser Recht dagegen individualisiert im Allgemeinen die Verträge nach ihrer materiellen Bedeutung, giebt aber dabei in bestimmten positiven Formen Gelegenheit Obligationen unter Abstraction von ihrem Rechtsgrunde entstehen zu lassen, namentlich um Forderungsrechte zu schaffen, die recht geeignet seien, Objecte des Vermögensverkehres abzugeben.

Ehe ich nun aber dazu schreite, diese Sätze im Einzeln auszuführen, habe ich noch die praktische Bedeutung dieser ganzen Untersuchung darzulegen. Dies scheint deshalb nicht überflüssig, weil neuerdings von Arndts[18]) die Unterscheidung von Formalcontracten und materiell individualisierten Verträgen als werthlos und undurchführbar dargestellt ist. Zwar könnte man zunächst meinen, daß schon in den oben hervorgehobenen charakteristischen Unterschieden der beiden Vertragsgattungen, namentlich hinsichtlich der Entscheidung der Frage, ob überhaupt eine Obligation begründet worden sei, eine ausreichende Widerlegung der Arndts'schen Ansicht gegeben sei. Doch ist hiermit der fragliche Punkt noch nicht völlig erledigt. Denn seitdem das Recht die Forderungen der aequitas mit den starren Consequenzen seiner formalen Principien zu verschmelzen gewußt hat, begründet es, auch wo es für die Entstehung der Obligation oder des dinglichen Rechtes den Willen der Contrahenten über den Rechtsgrund nicht in Betracht zieht, auf ihn, insofern er etwa nicht von beiden Seiten auf dieselbe causa gerichtet, oder die beiderseits gewollte causa objectiv nicht vorhanden ist, eine besondere Obligation (quasi ex contractu), welche die Rückgängigmachung des durch den Verpflichtungs- oder

---

Charakter des Veräußerungsvertrages darin, daß der die gültige Veräußerung Bestreitende seinerseits die verbotene causa speciell zu behaupten und zu beweisen hat.

[18]) Münchener krit. Ueberschau, Bd. 4, S. 220 ff. 236 ff., in einer Recension von Bähr's „Anerkennung." Ihm stimmt bei Unger, die rechtl. Natur der Inhaberpapiere, S. 65 f.

Veräußerungswillen herbeigeführten materiellen Resultates, der Vergrößerung des Vermögens des Erwerbers um das erworbene Recht, zum Ziele hat.[19]) Folgeweise kann in solchen Fällen der Erwerber, wenn er aus dem erworbenen Rechte seinerseits gegen den Veräußerer oder Schuldner klagt, auch sofort durch eine Einrede zurückgewiesen werden, nach dem Grundsatze: „dolo facit, qui petit, quod redditurus est". Da nun bei Obligationen das Klagrecht des Gläubigers stets gerade nur gegen diese bestimmte Person gerichtet ist, welcher die etwanige Condiction wegen Mangels der causa gegen ihn zustehen würde[20]), so scheint damit der wesentlichste Unterschied zwischen Formalcontracten und materiell gesonderten Verträgen doch praktisch wieder beseitigt zu sein. Dazu kommt noch, daß vermittelst der Exceptionen sogar theilweise Gelegenheit gegeben wurde, den Inhalt einer Formalobligation im Erfolge so zu modificieren, wie er sich unter anfänglicher Berücksichtigung des Rechtsgrundes von vorn herein gestaltet haben würde.[21])

[19]) Die Ausdrücke, welche Windscheid, die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, S. 2, einführt, um den Gegensatz des auf die Rechtsübertragung selbst und des auf den Rechtsgrund derselben gerichteten Willens zu bezeichnen, nämlich wirklicher und eigentlicher Wille des Erklärenden, halte ich für nicht glücklich gewählt; denn sie deuten auf zwei innerlich verschiedene Willensarten, während es sich in Wahrheit nur um zwei dem Objecte nach verschiedene Stücke des Parteiwillens handelt, die beide gleich wirklich und gleich eigentlich sind. Daher ist auch Windscheid's Polemik gegen C. Christiansen's (zur Lehre von der nat. obl. u. cond. ind. S. 61—65) Auffassung der condictio indebiti (a. a O. S. 211), welche auch mich treffen würde, ganz ungerechtfertigt. Wer eine Schuld zahlen will, der will zweierlei: 1) daß der Empfänger Eigenthümer der hingegebenen Sachen werde; 2) daß durch diese Eigenthumsübertragung eine Schuld getilgt werde: wo hier ein Widerspruch stecken soll, ist nicht einzusehen; denn der Geber weiß ja nicht anders, als daß durch die Eigenthumsübertragung auch wirklich eine Schuld getilgt werde.

[20]) Dagegen giebt es allerdings Fälle, wo die condictio sine causa selbst dem Schuldner gar nicht gegen den Gläubiger, sondern gegen einen Dritten zusteht, und daher auch keine exceptio doli stattfindet: nämlich wenn ein Delegat oder sonstiger Expromittent die von ihm übernommene Verpflichtung als Leistung an den Delegaten (oder den sonstigen befreiten Schuldner) lediglich auf Grund des von ihm und dem Deleganten über den Rechtsgrund Gewollten ansieht. L. 12. 13 D. de novat. 46, 2. l. 8, §. 2 D. ad SC. Vell. 16, 1. l. 9, §. 1 D. de cond. c. d. c. n. s. 12, 4. Auch nach der materiell individualisierenden Auffassung ist aber der Rechtsgrund der Forderung des Delegatars an den Delegaten nicht aus dem Verhältnisse zwischen Delegaten und Deleganten zu entnehmen. Vgl. Anm. 8.

[21]) Z. B. es wurde einem Käufer, von dem der Verkäufer den Kaufpreis stipulirt hatte, eine exceptio doli gegeben, weil ein Evictionsproceß gegen ihn

Dennoch ist fortwährend, auch nach Erreichung des oben geschilderten Rechtszustandes, der Gegensatz zwischen formalem und materiell individualisiertem Vertrag von der größten praktischen Bedeutung geblieben. Diese, welche in den Hintergrund treten mag, so lange die Parteien über den angeblich gewollten Rechtsgrund und die sonstigen erheblichen Thatsachen einig sind, zeigt sich alsbald in voller Kraft, wenn es sich im Proceß um die bezügliche Beweislast handelt, wie denn im heutigen Verfahren auch die Frage wegen genügender Substantiierung der Klage danach zu entscheiden ist. Es werde z. B. für unser heutiges Recht die Frage aufgeworfen, ob bei uns das einfache Versprechen als Formalcontract gelte, oder nicht. Eine Klage, wie diese: „Der Beklagte hat mir Zehn zu geben versprochen: ich bitte daher" u. s. w., die im letztern Falle sofort zurückgewiesen werden müßte, würde im erstern genügend substantiirt erscheinen. Denke man sich nun, dies sei der Fall, und es habe Jemand entweder einfach, wie angegeben, geklagt, oder auch überflüssiger Weise hinzugefügt: „der Beklagte hat mir schenkungsweise Zehn zu geben versprochen": wenn der Beklagte nun zwar das Versprechen von Zehn zugiebt, aber behauptet, es sei mißverständlich vom Kläger als Schenkung aufgefaßt worden, er habe es vielmehr als Bestandtheil eines Kaufes gemeint, so würde er ver-

---

anhängig war, l. 17, §. 2 D. de doli exc. 44, 4. In der Regel handelte es sich in derartigen Fällen zwar eigentlich gar nicht mehr um eine Einwirkung des Rechtsgrundes; denn dieser bestand in einer Novation, nicht in einem Kaufe, und auf jene wäre der Strenge nach die bei der Zahlung geltende Regel analog anzuwenden gewesen, daß das aus dem Kaufe einmal Gezahlte wegen eines schwebenden Evictionsprocesses nicht zurück gefordert werden könne (l. 74, §. 2. D. de evict. 21, 2. l. 12 C. eod. 8, 45); aber eben weil sogar hier noch jene exceptio doli gegeben wurde, müßte sie um so viel mehr dann stattfinden, wenn der Kauf, statt als ein gegenseitiger Vertrag von bestimmtem materiellen Charakter, als zwei formale Versprechen angesehen würde, die für einander den Rechtsgrund abgeben sollten. Ganz dasselbe gilt in Bezug auf die sogen. exceptio non adimpleti contractus; vielleicht haben wir sogar für diese auch ein dem eben besprochenen analoges Beispiel in l. 25 D. de A. E. V. 19, 1, wenn nämlich Puchta, Cursus der Institt. II. §. 170, Note t und Vorlesungen, §. 232, Recht hat, hier eine Stipulation des Kaufpreises vorauszusetzen. Daß die in der Stelle erwähnte exceptio einer condictio certi gegenüber gegeben werden soll, zeigt zwar ihre Fassung, namentlich das bestimmte: „ea pecunia, qua de agitur," unzweideutig; wer aber an die sogenannte condictio certi generalis aus l. 9 D. de R. C. 12, 1 glaubt, könnte dennoch an eine Klage aus dem Kauf selbst denken.

urtheilt werden, falls er nicht diese seine Behauptung bewiese, oder falls sein etwaniger Beweis durch Gegenbeweis entkräftet würde. Behauptete er dagegen unter Zugeständniß des Versprechens als solchen — denn über dieses, als den Klaggrund, müßte er sich immer abgesondert erklären —, er habe (nach beiderseitigem Willen) kein Schenkungsversprechen gemacht, sondern mit dem Kläger den Kauf irgend eines Objectes um Zehn abgeschlossen, ohne daß der Gegner bis jetzt habe die ihm obliegende Leistung vornehmen wollen: so würde der Kläger erst dann als Einer erscheinen, der die seinseitige Erfüllung, oder was ihr gleichsteht, behaupten und beweisen müßte, wenn der Beklagte das Versprechen *als Bestandtheil des behaupteten Kaufes* nachgewiesen, und der Kläger diesen Beweis nicht durch einen seinseitigen Beweis der von ihm behaupteten Schenkung oder einen andern directen Gegenbeweis aufgehoben hätte, sonst aber der Beklagte unbedingt verurtheilt werden. Alle diese Puncte sind offenbar umgekehrt zu beurtheilen, wenn wir nicht das einfache Versprechen als Formalcontract, sondern statt dessen nur eine unendliche Menge von materiell individualisierten Verträgen für das heutige Obligationenrecht anerkennen. Der Kläger muß dann von vorn herein entweder Schenkung, oder Kauf behaupten und beweisen; über das Versprechen von Zehn braucht sich der Beklagte gar nicht abgesondert zu erklären; thut er es aber dennoch, und beweist er dann gegenüber dem vielleicht an sich völlig gelingenden klägerischen Beweise der Schenkung das von ihm etwa behauptete Mißverständniß oder den Kauf, so hat Dies, wie jeder andere directe Gegenbeweis gegen den Klaggrund, die Abweisung des Klägers jedenfalls mit *dieser* Klage zur Folge; behauptet der Kläger aber von vorn herein einen Kauf, so muß er selbstverständlich ohne Weiteres auf Verlangen des Beklagten die seinseitige Erfüllung oder die sonstige Erledigung seiner Verbindlichkeit darthun.[22]) Ganz eben so, wie mit den aus

[22]) Ich setze hier voraus, daß, wer aus einem gegenseitigen Vertrage klagt, nicht bloß die Art des Vertrages im Allgemeinen, z B. den Verkauf irgend eines Objectes um die eingeklagte Summe, sondern den ganzen Inhalt des concreten Vertrages, z. B. den Verkauf dieses bestimmten Hauses für die fragliche Summe, zu behaupten und nöthigenfalls zu beweisen hat, und wenn ihm dieser Beweis mißlingt, mit *dieser* Klage unbedingt abzuweisen ist. Widersinnig wäre es, von dem Kläger zwar die Angabe irgend einer bestimmten Vertragsgattung in der Klage zu verlangen, sodann aber, obgleich er einen gegenseitigen Vertrag behaup-

der Natur des beabsichtigten Geschäftes hervorgehenden Eigenthümlichkeiten der einzelen Obligationen, verhält es sich mit den aus legislatorischen Zweckmäßigkeitsgründen oder Gründen der Sittlichkeit eingeführten, dem Parteiwillen entgegen tretenden Beschränkungen einzeler Geschäfte, deren z. B. bei der Schenkung mehrere vorkommen. Hier, wie dort muß bei materieller Sonderung der vertragsmäßigen Obligationen der Kläger, insofern er das wirklich abgeschlossene Geschäft behauptet, dem Beklagten eine Grundlage für seine etwanige Vertheidigung in den Proceß gleich mitbringen, während bei Geltung des formalen Princips das wirklich abgeschlossene Geschäft, welches zur Begründung der Klage genügt, eben der allgemeine Verpflichtungsvertrag ist, und daher der Beklagte durch Nachweis des Parteiwillens über die causa dieses concreten Vertrages sich für seine aus derselben hergeleiteten Einwendungen allererst einen Rechtsboden selbst herzustellen hat.

Hiermit ist denn der praktische Werth der von Arndts angefochtenen Unterscheidung außer Zweifel gesetzt, und in der That laufen alle Einzelheiten, die er zur Begründung seiner Ansicht beigebracht hat, nur auf Entscheidungsmomente für die Fragen hinaus, wie weit sich im Römischen, und wie weit sich im heutigen Obligationenrecht das Gebiet der formalen und der materiell sondernden Auffassung erstrecke. Diese Fragen sollen nun im Folgenden erörtert werden.

---

tet hat, die von ihm geschuldete Gegenleistung bis zu seinem Zugeständnisse oder zum Beweise des Gegners doch gleich Null zu betrachten. So enthält auch schon bei Durant. Spec. Lib. IV. P. 3 rubr. de act. empti et vend. das Klagformular für den Käufer die Angabe des Preises, das für den Verkäufer die Nennung der Waare. A. M. ist offenbar Heerwart, welcher im Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 7, S. 342 u. 349, es als etwas Zufälliges betrachtet, wenn sich die vom Kläger geschuldete Gegenleistung aus der Klage nach Quantität und Qualität mit Bestimmtheit ergiebt.

Erster Abschnitt.

Römisches Recht.

---

§. 2.

Die Stipulation: 1. nach Civilrecht.

Oben ist schon ausgesprochen, daß im Römischen Recht der Formalcontract die Regel bildete, daß für ihn aber eine bestimmte, positive Form erforderlich war. Als Ausnahmen gab es daneben materiell individualisierte Verträge, die ohne eine solche Form geschlossen werden konnten, in den Real- und Consensualcontracten, sowie in den durch das prätorische Edict oder durch kaiserliche Constitutionen anerkannten Verträgen, unter denen nur einzele wieder an eine besondere, ihnen eigenthümliche Form gebunden waren.

Der Formen für den Formalcontract gab es im Verlaufe der Römischen Rechtsentwicklung mehrere. Als älteste derselben hätte ich hier das Nexum zu nennen, wenn ich mich nicht auf das classische und spätere Recht beschränken wollte. Im classischen, wie im Justinianischen Recht aber war die herrschende Form die Stipulation; in der classischen Zeit bestanden daneben, wie ich glaube, noch zwei Arten des Formalcontractes, das nomen transcripticium und das receptum der Argentarien, im Justinianischen Rechte nur eine durch Fictionen vermittelte Nebenform der Stipulation, in der Stipulationsurkunde. Hier soll zunächst von der Stipulation die Rede sein.

Die Form derselben bestand bekanntlich in der mündlichen Frage nach dem Verpflichtungswillen von Seiten des Gläubigers und der

sofortigen bejahenden Antwort von Seiten des Schuldners. Ursprünglich waren dazu gewisse Wortformeln ausschließlich bestimmt; später ward darin größere Freiheit eingeführt. Es kam nach Paul. l. 40 D. de R. C. 12, 1 sogar der Satz auf, daß beschränkende[1]) pacta in continenti facta so anzusehen seien, als wären sie in der Stipulation selbst enthalten, wofür wir auch in l. 4, §. 3 D. de pact. 2, 14, und selbst schon bei Scaev. l. 135, §. 2 D. de V. O. 45, 1 ein Beispiel haben. Hier kommt es hauptsächlich darauf an, hervorzuheben, daß Frage und Antwort auch noch im Justinianischen Recht nothwendige Form der Stipulation waren.

Dies wird außer Zweifel gestellt durch pr. I. de V. O. 3, 15:

„Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione et responsione."

Im §. 1 wird dann nur unterschieden: im ältern Recht konnten Frage und Antwort einzig in gewissen herkömmlichen, nach Leo's l. 10. C. de contrah. stip. 8, 38 können sie in beliebigen Ausdrücken geschehen. Mehr sagt auch Leo's Verordnung in der That nicht: das Erforderniß der Frage- und Antwort-Form liegt dort schon in dem Worte stipulationes.[2]) Es ist daher eine ungenaue Relation, daß im Justinianischen Rechte nur noch das Erforderniß ununterbrochener mündlicher Rede und Gegenrede geblieben sei.[3])

Daß die Stipulation wirklich ein Formalcontract, und nicht

---

[1]) Nur beschränkende, nicht auch erweiternde: für diese Ansicht, welche auch die des Stephanos und anderer Scholiasten ist, vgl. Cuiac. Comm. ad l. 7, §. 5 D. de pact. u. Observ. 10, 24, so wie Donell. Comm. ad l. 13 C. de pact. n. 12—15 und Comm. ad l. 40 D. de R. C. n. 23—28. A. M. Savigny, System, Bd. 6, S. 127 f.

[2]) Schwerlich ist Savigny, Obl. R. Bd. 2, S. 206, darin beizustimmen, daß schon die classischen Juristen so weit wie Leo von dem strengen Festhalten der alten Wortformeln abgegangen seien. Für diese Ansicht scheint zwar das „legibus cognitae" in Leo's Gesetz zu sprechen (wenn nicht „vel legibus cognitae" zu lesen ist); dagegen aber spricht sowohl die Darstellung der Institutionen und des Theophilos, als auch Das, was uns in den Digesten von betreffenden Aeußerungen der alten Juristen erhalten ist.

[3]) So Liebe, Stipulation, S. 19, vgl. mit S. 91, Gneist a. a. O. S. 252, Savigny, Obl. R. Bd. 2, S. 207, u. Bähr a. a. O. S. 130. Dagegen schon Mühlenbruch, Doctr. Pand. ed. IV. tom. II. §. 343, Schmid, in den Krit. Jahrb. Bd. 10, S. 875, Walter, Gesch. des R. R., 2. Aufl., Bd. 2, S. 213, und v. d. Pfordten, Abhandlungen, Nr. 3, S. 234; Puchta, Institt. Bd. 3, §. 273, stimmt für das Justinianische Recht mit letztern, in Betreff des ursprünglichen Sinnes von Leo's Constitution aber mit jenen überein.

etwa nur eine Form für die Vielheit der materiell individualisierten obligatorischen Verträge sei, ist seit der betreffenden Ausführung von Liebe[4]) von Denen, welche überhaupt die Bedeutung jenes Gegensatzes erkannt haben, wohl schwerlich bezweifelt worden.[5]) Einen Quellenbeweis hat Liebe zwar für diesen Satz nicht beigebracht; die einzige Stelle, welche er dafür anführt, nämlich Paul. l. 27, §. 2 D. de pact. 2, 14: „— in stipulationibus ius continetur, in pactis factum versatur", hat offenbar einen ganz andern, auf die Conception der Formeln bezüglichen Sinn[6]); aber in der That bedurfte es für jeden mit den Quellen Vertrauten auch keines ausdrücklichen Beweises. Es ist bekannt, daß in unzähligen Stellen Stipulationen, die bloß die Leistung ohne Angabe des Rechtsgrundes nennen, als verpflichtende Acte erscheinen, und zwar ohne daß etwa daneben ein übereinstimmender Wille über einen bestimmten Rechtsgrund als Voraussetzung der Obligation erfordert würde. Es ist ferner bekannt, daß der objective Mangel der causa vom Promissor erst vermittelst einer condictio oder einer exceptio geltend zu machen war, während

---

[4]) Die Stipulation, §. 6.

[5]) Wenn es wahr wäre, was Dernburg, in der Heidelb. krit. Zeitschr. Bd. 3, S. 505 f. (in einer Recension von Bähr's Anerkennung) berichtet, daß es auch vor Einführung der exceptio doli zwar nicht Rechtsnothwendigkeit, aber doch „Pflicht des ehrlichen Mannes" für den Kläger gewesen wäre, außer der Stipulation auch das subjective Vorhandensein einer causa, und in gewisser Beziehung auch ihren objectiven Bestand, ihren „Eintritt", wie D. sagt, nachzuweisen, und daß sonst „der Richter gewiß trotz der engen Grenzen der Formel schwierig im Verurtheilen gewesen wäre," u. dgl. mehr: so würden wir damit eine wenn nicht gerade für die Rechts-, so doch mindestens für die Sittengeschichte jener Zeit interessante Thatsache erfahren: nur Schade, daß wir hierfür vorläufig keine andere Auctorität, als Dernburg's Versicherung haben! Wenigstens wie die Rede des Cicero pro Roscio comoedo Dies beweisen soll, ist schwer zu begreifen. Allerdings geht aus dieser Vertheidigungsrede hervor, daß in jenem concreten Falle Saturius, der Sachwalter des Klägers Fannius, sich auf die Erörterung der materiellen Rechtsverhältnisse eingelassen hatte: aber in welcher Lage der Sache? Etwa um den Rechtsgrund einer erwiesenen Stipulation darzulegen? — Nein, vielmehr hatte die Stipulation (auf die Fannius ohne Zweifel seine Klage hatte stützen wollen), entweder weil sie wirklich nicht stattgefunden hatte, oder, was wahrscheinlicher ist, in Folge processualischen Unglücks (cap. 5), nicht bewiesen werden können, und nun hatte Saturius nothgedrungen zur materiellen Sachlage seine Zuflucht nehmen müssen, um auf Grund derselben die Stipulation wenigstens wahrscheinlich zu machen. Vgl. Puchta, kleine civilist. Schriften, S. 282 f.

[6]) Vgl. G. 4, 134.

in einem solchen Falle nach der materiell individualisierenden Auffassung ipso iure keine Obligation vorhanden sein würde.[7]) Speciell wäre etwa noch die l. 18 D. de V. O. 45, 1 anzuführen: hiernach soll die zweimalige Promission desselben Objectes nur Eine Obligation begründen, was sich nur dadurch genügend erklärt, daß bei der Stipulation eben von dem Rechtsgrunde abstrahiert wird.[8])

Theoretisch haben die römischen Juristen die hier besprochene Frage kaum jemals erörtert; aber daß sie die Unterabtheilungen der Stipulationen nicht auf eine innere Verschiedenheit nach dem Rechtsgrunde, sondern nur auf die äußere Veranlassung des Abschlusses, als iudiciales, praetoriae, conventionales, communes praetoriae et iudiciales, zu stützen wissen[9]), stimmt vollständig zu der formalen Auffassung. Nach diesem als richtig erkannten Principe sind denn auch folgende, an sich etwas zweideutige Stellen auszulegen.

Paul. R. S. 5, 7, 1: „Obligationum firmandarum gratia stipulationes inductae sunt — et appellatae, quod per eas firmitas obligationum constringitur."

Hier ist bei dem Plural obligationum nicht an die materielle Verschiedenheit der Obligationsarten nach ihrem Rechtsgrunde zu denken, sondern ganz einfach an die Vielheit der vorkommenden Obligationen überhaupt, deren Begründung durch die Stipulationsform am sichersten außer Zweifel gesetzt wird.

Pomp. l. 5, pr. D. de V. O.: „Conventionales (stipulationes) sunt, quae ex conventione reorum fiunt, quarum totidem genera sunt, quot, paene dixerim, rerum contrahendarum; nam et ob ipsam verborum obligationem fiunt et pendent ex negotio contracto."

---

[7]) Daraus, daß eine bestehende Obligation wegen einer objectiv mangelnden causa angefochten werden kann, folgt freilich nicht nothwendig, daß sie auf einem Formalcontracte beruht; denn auch ein materiell individualisierter Vertrag kann als solcher wieder eine juristisch bedeutsame causa zur Unterlage haben, wie z. B. gegen einen Käufer die condictio indebiti auf Aufhebung des Contractes begründet sein kann, nach l. 5, §. 1 D. de A. E. V. 19, 1; wohl aber folgt Jenes dann daraus, wenn die betreffende causa die der einzeln Obligation unmittelbar zu Grunde liegende ist. Diesen Unterschied übersieht Arndts a. a. O. S. 222, wenn er aus dem in jener Stelle besprochenen Falle und ähnlichen ein Argument gegen die eigenthümliche Bedeutung des Formalcontractes entnehmen will.

[8]) Hierüber vgl. §. 1, Anm. 10.

[9]) Pomp. l. 5, pr. D. de V. O. 45, 1. Fast wörtlich wiederholt im tit. J. de divis. stip. 3, 18.

Hier soll von den conventionales stipulationes nur ausgesagt werden, daß deren nach dem Belieben der Parteien unzählige verschiedene eingegangen werden könnten, im Gegensatz zu den eben vorher besprochenen prätorischen, zu denen eben nur die gehörten, welche im Edicte wörtlich enthalten waren: eine Gegenüberstellung, die sich auch bei Ulp. l. 52, pr. D. de V. O.[10]) findet. Von einer Sonderung einzeler Stipulationsarten nach ihrer materiellen causa ist aber dabei nicht die Rede; vielmehr liegt offenbar im Schlußsatze, wenn auch unklar ausgedrückt, einestheils eine Anerkennung der formalen Natur der Stipulation („et ob ips. v. obl. fiunt"), andrerseits ein Hinweis auf die thatsächliche Nothwendigkeit eines außerhalb derselben bestehenden Parteiwillens über ihren Rechtsgrund („et pend. ex neg. contr.").

Wenn nun also die Stipulation als Formalcontract den Real- und Consensualcontracten, so wie den klagbar gemachten pacta, als den materiell charakterisierten Verträgen des Römischen Rechtes gegenüber steht, so würde darum doch die Ansicht, daß sich dieser Gegensatz im classischen Recht in der Fassung der Formeln bestimmt ausgeprägt hätte[11]), abzuweisen sein. Einmal könnte man denken, daß, wenn der Rechtsgrund des Formalcontractes ausnahmsweise Veranlassung gab, keine wirksame Klage aus demselben zuzulassen, dieser Einfluß der causa jedesmal durch eine exceptio vermittelt worden sei. Dies würde jedoch unrichtig sein; vielmehr konnte ausnahmsweise eine auf einen bestimmten Rechtsgrund hin abgeschlossene Stipulation durch Rechtsvorschrift für völlig nichtig erklärt sein, wie z. B. eine Schenkung unter Ehegatten. Die formale Natur der Stipulation zeigte sich aber auch hier in der Vertheilung der Beweislast; das dare oportere des Promissors wurde so lange als wirklich angenommen, bis er seinerseits die in derselben angeblich enthaltene Schenkung unter Ehegatten nachgewiesen hatte. Ferner war die materielle Besonderheit des Obligationsgrundes bei den Real- und Consensualcontracten keineswegs mit Nothwendigkeit aus der Formel zu

---

[10]) „In conventionalibus stipulationibus contractui formam contrahentes dant; enimvero praetoriae stipulationes legem accipiunt de mente Praetoris, qui eas proposuit. Denique praetoriis stipulationibus nihil immutare licet, neque addere neque detrahere".

[11]) Dies scheint die Meinung von Bähr zu sein; a. a. O. S. 19, Anm. 11.

erſehen.[12]) Beſonders einleuchtend iſt dies für die condictio ex mutuo, deren intentio (ohne vorhergehende demonstratio), wenn nicht immer, ſo doch oft nur lautete: „si paret Nm Nm Ao Ao centum dare oportere," wie aus Cic. pro Rosc. Com. c. 4 et 5 hervorgeht; hier müßte denn auch Cicero die intentio des Klägers als bewieſen anerkennen, wenn entweder ein Darlehen, oder eine Expenſilation, oder eine Stipulation dargethan wäre. Brauchte nun aber in der intentio der condictio certi überhaupt der beſondere Klaggrund nicht angegeben zu werden[13]), ſo gilt daſſelbe, was von der Darlehnsklage, auch von der Klage aus den verſchiedenſten materiellen Contracten; denn für die Zeit der ſpätern claſſiſchen Juriſten ſind ja auf Grund von Stellen, wie l. 9 D. de R. C. 12, 1. l. 13, §. 1 D. depos. 16, 3. l. 28, §. 4 D. de iureiur. 12, 2. l. 5 D. de exc. r. iud. 44, 2, Alle darüber einig, daß wenigſtens in gewiſſen Fällen ſtatt der actio empti, oder depositi u. ſ. w. auch die condictio certi angeſtellt werden konnte. Der Charakter des Vertrags als formalen, oder materiell individualiſierten war bei den Römern, wie heutzutage, dafür entſcheidend, was jede Partei ihrerſeits zu behaupten und zu beweiſen hatte, aber nicht dafür, ob ihr die betreffende Behauptung ſchon in iure, oder erſt in iudicio oblag.

Es ſind nun noch einige Einwendungen zu beſeitigen, die gegen die ſcharfe Entgegenſtellung von Stipulation einerſeits und Real- und Conſenſualcontracten andrerſeits erhoben werden könnten, und großentheils, wie ſchon oben (§. 1) angedeutet, von Arndts wirklich erhoben ſind. Bei den Realcontracten kann ihre Charakteri-

---

[12]) Hierin iſt gewiß Arndts a. a. O. S. 221 gegen Bähr beizuſtimmen.

[13]) Daß er es hier, wie bei der condictio triticaria, konnte, erſehen wir freilich aus G. 4, 55. Ein ſolcher Beiſatz („ex stipulatu", „ex testamento") in der Formel wird wahrſcheinlich in concreto auch vorausgeſetzt von Julianus in l. 18 D. de O. et A. 44, 7. Daß er aber auch nur zur Ausſchließung der Klagconſumption für die übrigen möglichen Klaggründe der condictio certi oder triticaria nöthig geweſen ſei, braucht man darum nicht anzunehmen; möglicher Weiſe ſtellte er nur hinſichtlich des Beweiſes bei einer etwanigen ſpätern exceptio rei iudicatae den Kläger beſſer. — Wohl mit Unrecht zieht Savigny, Syſtem, Bd. 5, S. 610, hierher die Stelle bei Quint. I. Or. 4, 2, 6, wo nur der zweckmäßige Inhalt eines Vortrages vor dem Privatrichter angegeben werden ſoll: „Certam creditam pecuniam peto ex stipulatione". — Vgl. über die Formelfaſſung auch Heimbach, Creditum, S. 580—582.

sierung durch den Rechtsgrund am wenigsten zweifelhaft sein, da ihr Wesen ja in der Begründung einer Obligation als Gegenleistung für das Hingeben von Sachen, bei den Innominatcontracten auch für andere Leistungen, besteht. Aehnlich steht es mit Kauf, Miethe, Societät; sie begründen ihrem Begriffe nach gegenseitige Obligationen, von denen die eine als Gegenleistung für die andere gedacht ist. Eher könnte man auf den ersten Blick geneigt sein, Arndts Recht zu geben, wenn er sagt: „Wenn ich einen Auftrag annehme, so verspreche ich das Geschäft mit Sorgfalt zu verrichten und verpflichte mich, für den Nachtheil mangelhafter Ausführung einzustehen; wo liegt nun hier außer meinem Verpflichtungswillen die causa, von welcher jener wesentlich abhängig ist?“[14]) Wäre Dies richtig, so würde also nach Römischem Recht das Versprechen, ein fremdes Geschäft zu besorgen, als Formalcontract gültig sein. Bei genauerer Betrachtung finden wir jedoch, daß sich die Sache anders verhält. Mandatum heißt im Römischen Recht derjenige Vertrag, durch welchen der eine Contrahent den Auftrag des andern, so viel die aufzuwendende Mühe betrifft, unentgeltlich, also aus Liberalität, soviel aber etwa dadurch verursachte Vermögensaufwendungen anlangt, gegen Verpflichtung des Auftraggebers zum Ersatz auszurichten übernimmt. Freilich, wenn weiter Nichts vorliegt, als das angenommene Versprechen, ein fremdes Geschäft zu besorgen, so wird dieser Vorgang allerdings in vielen Fällen als die Contrahierung des eben beschriebenen Mandatsvertrages ausgelegt werden müssen.

Auf der andern Seite scheint bisweilen in der Form der Stipulation ein materiell charakterisierter Vertrag abgeschlossen zu werden, indem der Rechtsgrund des Versprechens in der Wortfassung derselben mitausgedrückt wird. Zwar manche Beispiele, in denen Letzteres nach Arndts[15]), und auch nach Bähr[16]), der hierin mehr zugiebt, als nöthig wäre, der Fall sein soll, gehören in der That

---

[14]) A. a. O. S. 221 f. — Wie aber Arndts dazu kommt, dieselbe Frage auch auf den Fall anzuwenden, wo ich Jemand auffordere, seinem Schuldner auf meine Gefahr Stundung zu gewähren, und dadurch verspreche, eventuell statt des letztern Zahlung zu leisten, ist unbegreiflich; denn für das Versprechen der eventuellen Zahlungsleistung liegt offenbar die causa in der Gegenleistung, welche in der auf meine Aufforderung gewährten Stundung enthalten ist.

[15]) A. a. O. S. 222.

[16]) Anerkennung, S. 23 f.

gar nicht hierher. Wo der versprochene Gegenstand durch Hinweisung auf den Inhalt einer schon bestehenden Verpflichtung bezeichnet wird, z. B.: „quod ex testamento Sempronii mihi debes, dari spondes?“ — oder: „quidquid ex vendito te mihi dare facere oportet, quanti ea res est, tantam pecuniam dari spondes?“ — da kann natürlich vor Allem davon gar nicht die Rede sein, daß hier die nur zur Feststellung des Objectes in Bezug genommene causa nunmehr causa der Stipulation geworden wäre, daß also etwa im zweiten Beispiele materiell ein Kauf vorläge[17]): Dies würde nur der Fall sein, wenn als Gegenleistung für die „tanta pecunia“ die Tradition einer Sache versprochen wäre. Eher noch könnte man auf den Gedanken verfallen, daß nach der Fassung jener Stipulationen ihr Rechtsgrund doch wenigstens entweder in einer Novation, oder in der accessorischen Anlehnung an eine bestehende Schuld bestehen müsse; aber selbst Dies würde irrig sein, da bei jenen Worten eben so gut z. B. an eine Schenkung gedacht sein kann, wenn auch eine Schenkung, deren Object auf diese Weise bezeichnet wäre, praktisch nicht oft vorgekommen sein möchte.

Eben so wenig kommen die Fälle hier in Betracht, wo die versprochene Leistung in dem Abschlusse eines bestimmten Vertrages, oder in einem dare ob causam futuram besteht. Hierunter fällt das Bähr'sche Beispiel: „Pecuniam te mihi crediturum spondes?“, so wie vielleicht das von Arndts angeführte: „centum sub ea lege, ut Stichum servum manumittam, dare spondes?“ Letzteres ist zweideutig; das „sub ea lege“ etc. kann entweder zu dare, oder zu spondes gezogen werden, und nur im erstern Sinne ist hier von dieser Stipulation zu reden. Die durch Erfüllung einer solchen Stipulation allererst entstehende Verpflichtung des Stipulators kann nun nie als Rechtsgrund der Promission selbst gedacht werden. Der Promissor verspricht nicht, um als Gegenlei-

---

[17]) Doch scheint Bähr Dies zu meinen, wobei besonders schwer zu begreifen ist, wie er sich eine Testamentsobligation nunmehr als vertragsmäßige denkt. — Natürlich wird, wenn die frühere Obligation bedingt ist, auch die neue Stipulationsobligation bedingt; denn vor Eintritt der Bedingung ist eben, „quod ex testamento debes“ u. s. w. gleich Null. Daraus erklären sich Stellen, wie l. 1, §. 14 D. ut leg. serv. c. 36, 3. l. 8, §. 1. l. 14, §. 1 D. de novat. 46, 2, wo keineswegs, wie Bähr a. a. O. S. 60 will, von außenher eine Bedingung in die Stipulation hinein interpretiert wird.

stung hierfür die Verpflichtung des Stipulators, das Darlehen zurückzuzahlen, oder die Freilassung des Stichus, beziehentlich die Verpflichtung zu der letztern Handlung, zu erhalten; sondern er verspricht nur, später gegen diese Gegenleistung zu geben. Diese Gegenleistung kommt ihm erst zu Gute, wenn er dann wirklich gegeben hat, und würde ihm gerade eben so zu Gute kommen, wenn er ohne vorherige Verpflichtung dazu um der Gegenleistung willen gäbe. Der Rechtsgrund seiner einseitigen Verpflichtung z. B. zum spätern Geben eines Darlehens ist daher in der Stipulation selbst keineswegs angedeutet; vielmehr muß man diesen außerhalb derselben suchen, und wird ihn finden z. B. in einer reinen Liberalität, oder in einer dagegen übernommenen Verpflichtung des Stipulators, auch seinerseits auf Verlangen des Promissors das (etwa verzinsliche) Darlehen von ihm zu nehmen, oder in einer baaren Geldzahlung des Stipulators, oder in einem dem Promissor von seinem Erblasser auferlegten, eben auf Leistung jenes Versprechens gerichteten Vermächtnisse, oder sonstworin.

Dagegen ist der Rechtsgrund wirklich ausgedrückt zunächst in gewissen bedingten Stipulationen[18]), und es thut Nichts zur Sache, daß gerade die von Bähr und Arndts angeführten Beispiele: „si iuravero me nomen tuum laturum," und: „si Stichum manumisero, centum dare spondes?" wieder unglücklich gewählt zu sein scheinen. Diese würden allerdings passen, wenn der Inhalt der in ihnen enthaltenen Bedingungen mit Nothwendigkeit als eine zu Gunsten des Promissors geschehende Leistung zu denken wäre. Dies ist jedoch nur dann der Fall, wenn er Interesse daran nimmt, daß der Stipulator beschwöre, seinen Namen führen zu wollen, oder den Stichus freilasse, und um diese Zwecke zu erreichen, die Stipulation abgeschlossen hat; es ist indessen recht wohl denkbar, daß dem Promissor jene Handlungen des Stipulators persönlich völlig gleichgültig sind, und daß er aus Caprice dem Stipulator z. B. eine so bedingte Schenkung gemacht hat.[19]) Nur ist dies freilich unwahrscheinlich, und

---

[18]) Die Ansicht von Helmolt, Verhältniß der Exceptionen zur Beweislast, S. 197 f., daß die Suspensivbedingung die Entstehung der Obligation überhaupt nicht ipso iure, sondern nur ope exceptionis suspendiert habe, bedarf wohl keiner Widerlegung.

[19]) In der Bedingung: „si Titius consul factus erit", die Bähr als Gegen-

daher ist es ganz erklärlich, wenn in l. 19, §. 6 D. de donat. 39, 5, wo eben weiter Nichts, als die erste jener beiden Stipulationen vorliegt, ohne besondere Umstände, welche für die Schenkung sprächen, der Schenkungscharakter schlechtweg verneint wird.

Wo aber der Inhalt der Bedingung in einer vom Stipulator dem Promissor zu gewährenden Vermögenszuwendung besteht, da ist damit nothwendig zugleich diese Gegenleistung als Rechtsgrund der Stipulation angegeben. Hierher gehören also z. B. die Stipulation: „si fundum Cornelianum tibi dedero, centum dari spondes?“ und die von Bähr aus l. 18, §. 3 D. de stip. serv. 45, 3 angeführte: „quantam pecuniam tibi intra illum diem dedero, tantam dari spondes?“ Es giebt z. B. schlechterdings keine bedingte Schenkung, deren Bedingung in einer Vermögenszuwendung von Seiten des Beschenkten an den Schenker bestände, und speciell die vertragsmäßige Verpflichtung, einem Andern, insofern er Einem Geld giebt, genau eben so viel Geld wieder zu geben, heißt für die materiell sondernde Betrachtungsweise eben Darlehnsschuld, und nur Darlehnsschuld.[20]) Auch sonst kann ganz ausdrücklich der Rechtsgrund in der Stipulation genannt sein. Wenn z. B. in der erst erwähnten Stipulation: „centum sub ea lege, ut Stichum servum manumittam, dare spondes?“ das „sub ea lege“ etc. zu spondes gezogen wird, so erscheint als ausgedrückte causa futura des Versprechens von Hundert die Freilassung des Sklaven Stichus.[21]) So kommt bei Dotalstipulationen in l. 20. l. 48, pr. D. de I. D. 23, 3 und l. 108, pr. D. de V. O. 45, 1 der ausdrückliche Zusatz „dotis nomine“,

---

satz zu jener: „si iuravero“ etc. anführt, kann auch recht wohl die causa enthalten sein. Man denke sich, ein Freund des Titius, der sich um das Consulat bewirbt, verspräche in dieser Weise Jemandem, der sich anheischig macht, für die Wahl desselben zu wirken, seinen Lohn.

[20]) Wenn es nämlich hier erlaubt ist, von der Besonderheit des in dieser Art geschlossenen Depositums (des sogen. depositum irregulare), und etwa der Dosbestellung abzusehen. Jedenfalls stehen jenes Depositum und das eigentliche Darlehen einander wenigstens in der Hinsicht ganz gleich, daß die Verpflichtung des Empfängers als Gegenleistung für das Hingeben des Geldes von Seiten des Darleihers oder Deponenten zu betrachten ist, während bei der Dosbestellung allerdings noch das sustinere onera matrimonii hinzu kommt.

[21]) So lange also Stichus nicht freigelassen ist, kann der Promissor seine Obligation condicieren und einer etwanigen Stipulationsklage eine Exception entgegen setzen.

bei Zinsenstipulationen in l. 40 D. de R. C. 12, 1 der Zusatz: „poenae nomine", und in l. 126, §. 2 D. de V. O. 45, 1 die Worte: „usurarum nomine" vor. Hierher gehört auch die Stipulation: „centum, quae mihi ille debet, fide tua esse iubes?", welche sich selbst als Bürgschaftsstipulation ankündigt.

Wenn ich oben gesagt habe, in diesen Fällen *scheine* in Form der Stipulation ein materiell charakterisierter Vertrag geschlossen zu werden, so habe ich nun andrerseits *Arndts* gegenüber darauf zu bestehen, daß es sich auch nicht um mehr als einen Schein handelt; denn für die rechtlichen Folgen der Stipulation war die ausdrückliche Erwähnung der causa durchaus unerheblich. Selbst wenn Dies sich anders verhielte, so würde zwar *Arndts* keineswegs mit Recht daraus folgern, daß „der Gegensatz zwischen der Stipulation und den sogenannten materiellen Verträgen nicht auf einer wesentlichen Verschiedenheit beruht"; sondern höchstens Das würde sich ergeben, daß der Umfang der den Gegensatz bildenden Glieder nicht richtig angegeben wäre, indem ein Theil der Stipulationen, nämlich die mit Erwähnung der causa, zu den materiellen Contracten zu stellen sein würde. Aber auch zu dieser Unterscheidung unter den Stipulationen fehlt es in der That an jedem Grunde; denn die Römer kennen in dieser Beziehung nur Eine Art der Stipulation, deren Begriff natürlich nach den *wesentlichen* Merkmalen festzustellen ist, von denen allein in jedem Falle die Rechtswirkung abhängt: und unter diesen ist der Rechtsgrund nicht. Daher ist z. B. die Stipulation der geschiedenen Ehefrau: „dotis nomine" (d. h. „um meine Dotalforderung zu tilgen", also in einem anderen Sinne, als in den obigen Beispielen) centum dari spondes?" nach Pomp. l. 21 D. de V. O. 45, 1 auch dann gültig, wenn sie gar keine zu restituierende Dos zu fordern hat: es wird also auf die ausgedrückte causa keine Rücksicht genommen. Auch bei der fideiussio ist es nach Gai. l. 70, §. 4. Ulp. l. 8, §§. 7. 8 D. de fideiuss. 46, 1. §. 5 I. eod. 3, 20 nur scheinbar anders; denn ein Relativsatz, wie der obige: „quae ille mihi debet," mußte stäts ausdrücklich hinzugefügt, oder wenigstens, wenn die Fidejussion unmittelbar mit einem „idem fide tua esse iubes" an den Hauptvertrag angeschlossen wurde, hinzu interpretiert werden, da sonst das „fideiubere" sinnlos gewesen wäre; so weit nun aber das Object jenes Relativsatzes gar nicht existierte, war natürlich auch das Versprechen, es zu leisten, nichtig. Daß aber solche

Stipulationen, aus deren Fassung eine turpis causa ersichtlich war, ausnahmsweise ipso iure nichtig waren[22]), ist nur Anwendung des allgemeinen Satzes, daß Verträge mit unmoralischem Inhalte ungültig sind, unter welchen aber eben so gut auch Stipulationen mit unsittlichen Bedingungen fielen, von welchen man nicht sagen kann, daß in der Bedingung ihre causa ausgedrückt war.[23])

Hiernach darf für das Civilrecht die formale Natur der Stipulation als feststehend angenommen werden, und es ist zum Schluß nur noch darauf hinzudeuten, daß natürlich auf dasselbe Ergebniß auch diejenige Ansicht hinausläuft, welche die Stipulation als einen Ueberrest des alten Nexums betrachtet und als fingierte causa derselben allemal ein Darlehn voraussetzt.[24]) Diese Ansicht giebt nur eine historische Erklärung dafür, daß gerade diese bestimmte Versprechensform, die Stipulation, der allgemeine obligationsbegründende Vertrag geworden ist; wenn wirklich stäts jener Rechtsgrund *fingiert* wurde, so ist eben damit ausgesprochen, daß bei Beurtheilung der entstandenen Obligation von dem *wirklichen* Rechtsgrunde ganz abgesehen wurde.[25])

---

[22]) Papin. l. 123 D. de V. O. 45, 1: „Si flagitii (Vulg. *plagii*) faciendi vel facti causa concepta sit stipulatio, ab initio non valet." Vgl. *Gneist* a. a. O. S. 186. *Bähr* a. a. O. S. 89, Anm. 5. Paul. l. 134, pr. eod., der eine exc. doli stattfinden läßt, scheint hiermit freilich nicht ganz zu stimmen.

[23]) Ob z. B. die Stipulation: „si Titium interfecero, centum dari spondes?" eine unsittliche *causa* enthalte, ist aus ihr selbst nicht mit Sicherheit zu entnehmen. Das betreffende „spondeo" wird erst dann als Gegenleistung für die Ermordung des Titius erscheinen, wenn man außerdem weiß, daß dem Promissor etwas an der letztern gelegen ist. Aber auch wenn eine solche Stipulation z. B. als bedingte Schenkung gemeint ist, wird sie ipso iure nichtig sein, weil jeder Vertrag unsittlich, und daher nichtig ist, der, wenn gültig, geeignet wäre, durch Verheißung von Vermögensvortheil den einen Contrahenten zur Ermordung des Titius anzutreiben.

[24]) *Savigny*, über das altröm. Schuldrecht, in den verm. Schr. Bd. 2, S. 410 f. System, Bd. 5, Beil. XIV, No. X. Obl. R. Bd. 2, S. 205 f. *Gneist* a. a. O. S. 134 ff. *Windscheid*, Voraussetzung, S. 199, Anm. 7.

[25]) Jene historische Erklärung selbst scheint mir freilich weder nöthig, noch möglich zu sein. *Nöthig* deshalb nicht, weil erstens die formale Auffassung des obligatorischen Vertrages an sich dem positiven Rechte, wenn nicht ursprünglich gar näher (vgl. *Kuntze*, die Oblig. u. s. w. S. 226 u. 252), so doch mindestens eben so nahe liegt, wie die materiell sondernde, wie denn ja auch jene für die Uebertragung dinglicher Rechte, so wie für den befreienden Vertrag (auch das

§. 3.

Die Stipulation: 2. nach prätorischem Recht.

Es bleibt in Bezug auf die Stipulation noch die Frage zu erörtern, ob durch das prätorische Recht an ihrer formalen Natur Nichts geändert ist.

Zuvörderst ist dies in Bezug auf die exceptio legis Cinciae[1]) neuerdings von Dernburg behauptet worden.[2]) Nach ihm mußte, wenn diese vorgeschützt war, der Kläger beweisen, daß die Stipulation nicht schenkungshalber abgeschlossen sei; bis ein „besonderer Zweck" derselben nachgewiesen sei, habe sie als unentgeltliche Bereicherung gelten müssen. Für diese Behauptung fehlt es an jedem Schatten eines Grundes. Steht es fest, daß zum Klaggrunde an sich der Beweis irgend einer bestimmten causa nicht gehörte, so ist gar nicht zu begreifen, warum der Beklagte den Beweis seiner Exception, welche in factum concipiert also lautete: „si non donationis causa promisi me daturum"[3]), durch bloße Berufung darauf geführt haben sollte, daß der Kläger ja keinen andern Rechtsgrund bewiesen habe. Als was die Stipulation gelten mußte, bis der Beklagte seinerseits bewiesen hatte, daß sie eine Schenkung sei, darüber läßt sich in der That gar Nichts aussagen, als daß sie eben als Stipulation, und damit als ausreichender Klaggrund zu gelten hatte.

---

pactum de non petendo) die herrschende ist, und weil ferner, so viel die positive Form der Stipulation betrifft, diese nur eine ungemein einfache Art ist, den beiderseitigen Verpflichtungswillen ganz unzweideutig zu erklären. Durchführbar aber ist die Erklärung nicht, weil für andere Stipulationen, als die auf das Geben von Fungibilien gerichteten, überhaupt gar kein Darlehen als causa fingiert werden kann. Die Acceptilation, welche Gneist als Analogie anführt, heißt allerdings in §. 1 J. qu. mod. obl. toll. 3, 29 „imaginaria solutio" (bei G. 3, 169 freilich nur „veluti imaginaria solutio"); aber Gneist übersieht, daß solutio nicht Geldzahlung, sondern Erfüllung überhaupt bedeutet. Der Zusammenhang mit dem Nexum wäre nun vollends durch Das, was Huschke, Recht des Nexum, S. 50, über die solenne Formel dieses Geschäftes ermittelt hat, ausgeschlossen.

[1]) Ich rede also hier vom prätorischen Recht in dem „mehr formalen Sinn", in welchem nach Keller, Röm. Civilpr. 2. Ausg. §. 35. N. 373. S. 135, alle exceptiones bisweilen als „praetoriae" bezeichnet werden.

[2]) Heidelb. krit. Zeitschr. Bd. 3, S. 506.

[3]) Vat. fr. 310. — Für die Zeit vor der lex Aebutia, wo es noch keine eigentlichen Exceptionen gab (G. 4, 108), ist natürlich die Beweislast nicht anders vertheilt zu denken.

Ausführlicher wird einzugehen sein auf die in neuern Zeiten zuerst von Gneist vertheidigte Ansicht, daß durch das prätorische Recht schlechthin die Stipulation aus einem Formalcontracte in eine bloße Form für materiell individualisierte Verträge verwandelt worden sei.[4]) Dies ist nur ein anderer Ausdruck[5]) für den von diesem Schriftsteller aufgestellten Satz, daß bei jeder Klage aus einer Stipulation der Promissor den Gläubiger, und zwar zunächst mittelst Vorschützung der exceptio doli, nöthigen könne, das Vorhandensein einer causa der Stipulation nachzuweisen. Ein anderes Rechtsmittel zu demselben Zwecke hat nach Gneist der Promissor, auch ehe der Stipulator seinerseits klagt, in der condictio sine causa, welche freilich, insofern sie der juristischen Theorie und Praxis ihre Ausbildung verdankt, dem Civilrechte angehört, aber in dieser Anwendung nur folgeweise stattfindet, weil der Klage aus der Stipulation doch eine exceptio doli mit eben dieser Vertheilung der Beweislast entgegenstehen würde[6]), und welche ja auch den civilrechtlichen Bestand der Stipulation als Formalcontractes voraussetzt. Dieser Ansicht haben sich auch Heimbach[7]), Fick[8]) und Dernburg[9]) angeschlossen; Rudorff[10]), Savigny[11]),

---

[4]) Gneist a. a. O. §§. 8. 9. S. 209 ff. — Schon in der Gl. ad l. 2, §. 3 D. de doli exc. findet sich die Ansicht, daß die Stipulation „ohne causa" nicht gelte, jedoch ohne daß die doli exceptio als das die Berücksichtigung des Rechtsgrundes herbeiführende Moment ausdrücklich genannt würde. Auch viele alte Italiänische und Deutsche Praktiker hingen ihr an. Die betreffende Dogmengeschichte bis auf Liebe's „Stipulation" herab zu verfolgen, hat kein Interesse, da es stäts an einer klaren Auffassung des Verhältnisses des obligatorischen Vertrages zu seinem Rechtsgrunde fehlte.

[5]) Gneist selbst giebt Dies a. a. O. S. 224 f. zu erkennen.

[6]) Gneist a. a. O. S. 189 ff. vgl. mit S. 209 ff.

[7]) Die Lehre von dem Creditum, S. 388 ff., u. Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. n. F. Bd. 13, S. 96.

[8]) Heidelb. krit. Zeitschr. Bd. 1, S. 486 f. 493 ff.

[9]) Heidelb. krit. Zeitschr. Bd. 3, S. 506—509.

[10]) Zu Puchta's Institutionen, Bd. 3, §. 271. Vgl. jedoch unten §. 4, Anm. 6. — Puchta selbst scheint mit Gneist überein zu stimmen.

[11]) Obl. R. Bd. 2, S. 249—266. — Ich darf die Bemerkung nicht unterdrücken, daß mir Savigny bei dieser Frage die von ihm bekämpften Schriftsteller nicht in jeder Beziehung richtig verstanden zu haben scheint. Vor Allem glaubt er sich Liebe als Gegner gegenüber, mit dem er doch, so viel ich sehe, abgesehen von Verschiedenheiten in der Ausdrucksweise, völlig übereinstimmt. Darüber, daß die Stipulationsklage wegen eines Mangels in Betreff der causa durch exc. doli entkräftet werden könne, werden Alle einig sein (vgl. Savigny S. 262): die Frage

Bähr[12]), Unger[13]) dagegen haben ihr widersprochen. Obwohl ich mich im Resultate den letztern anschließe, scheint mir doch eine neue Besprechung der Frage nicht überflüssig zu sein.

Zunächst soll die innere Wahrscheinlichkeit der Gneist'schen Lehre geprüft werden. Es ist in dieser Beziehung zwischen condictio und exceptio zu unterscheiden, obwohl das Ergebniß in beiden Rücksichten gleich ungünstig ausfallen wird.

Wer eine vollendete Vermögenszuwendung wegen eines Mangels in Betreff des Rechtsgrundes condiciert, der hat nach allgemeinen Grundsätzen ohne Zweifel diesen Mangel, als seinen Klaggrund, nachzuweisen. Zuvörderst wird Niemand bezweifeln, daß, wer die condictio sine causa auf Rückgabe einer gegebenen Sache anstellt, weil er sich mit dem Empfänger über die gewollte Causa mißverstanden habe, diese Nichtübereinstimmung des beiderseitigen Willens, wer etwas Gegebenes ob turpem vel iniustam causam condiciert, diesen reprobierten Rechtsgrund als den wirklich gewollten darzuthun habe. Wer ferner um der objectiven Ermangelung der gewollten causa willen condiciert (also u. A. z. B. die condictio indebiti anstellt), dessen Klaggrund kann man in zwei Behauptungen zerlegen, daß der Zuwendung die fragliche Voraussetzung subjectiv zu Grunde gelegen habe, und daß die Wirklichkeit dieser Voraussetzung nicht entspreche. Auch hier muß aber offenbar der Kläger im Bestreitungsfalle beide Stücke beweisen, nicht etwa umgekehrt die objective Existenz der causa der Beklagte.[14])

---

ist nur, wie die Beweislast zu vertheilen ist, und obgleich Liebe sich hierüber nicht ausdrücklich ausgesprochen hat, fehlt es doch an jedem Grunde, ihm eine mit der Gneist'schen zusammenfallende Ansicht unterzulegen. S. Liebe, Stipulation, §. 7, u §. 31, S. 376—378. Vgl. auch dess. Erläuterungen zur Allg. D. W. O. S. 219. In der That sagt auch Savigny (S. 266) selbst, daß Liebe durch seine Lehre zu irrigen Rechtsregeln nicht geführt worden sei. Im Verhältnisse des Gegners steht Savigny in Wahrheit nur zur Gneist'schen Lehre von der klägerischen Beweislast, wie namentlich aus seinen Ausführungen S. 263—265 hervorgeht, obgleich er selbst der streitigen Frage nirgends diese Formulierung giebt. Aber freilich citiert er auch S. 250, Note a, Liebe und Gneist neben einander als Vertreter derselben Ansicht!

[12]) A. a. O. S. 144—146.

[13]) Die rechtl. Natur der Inhaberpapiere, S. 70, Anm. 16.

[14]) Letzteres ist freilich die Ansicht von Windscheid, Voraussetzung, S. 189 ff., und Bähr a. a. O. S. 64 ff. Dennoch gelangt auf künstlichen Umwegen jener (S. 191 ff.) für alle Fälle einer causa praecedens, dieser (S. 68 ff.) wenigstens für die condictio indebiti mit Hülfe von Präsumptionen praktisch zum entgegen-

Dies folgt aus dem anerkannten Satze, daß der Kläger diejenigen Umstände darzuthun hat, welche die eigenthümlichen, unmittelbaren, wesentlichen Bedingungen seines Rechtes ausmachen[15]); denn Bedingung der hier fraglichen Condictionen ist gewiß nicht Das allein, daß auf irgend einen von den Parteien gewollten Rechtsgrund hin z. B. gegeben sei; vielmehr wird, vom Falle eines Mißverständnisses abgesehen, anders überhaupt gar nicht gegeben; sondern es muß etwas Besonderes hinzukommen, weshalb gerade dieses Geben rückgängig gemacht werden soll, nämlich die Nichtübereinstimmung der Wirklichkeit mit der Absicht der Parteien. Aber sei Dem, wie ihm wolle: selbst nach der Ansicht der Gegner muß doch der Condicent mindestens erst die subjectiv gewollte Causa nachweisen, ehe er vom Beklagten den Beweis ihrer objectiven Existenz verlangen kann. Daß nun in Bezug auf Stipulationen gerade von diesem naturgemäßen Princip abgewichen sein sollte, ist doch gewiß in hohem Grade unwahrscheinlich. Gneist erklärt sich diese Erscheinung daraus, daß in Folge der vom Prätor eingeführten exceptio doli der Stipulator, so weit diese exceptio begründet erscheinen würde, auch sein civiles Forderungsrecht sine causa habe. Aber hier liegt ein haltloses Schwanken zwischen zwei ganz entgegengesetzten Gesichtspuncten zu Grunde. Denn gesetzt, der Prätor hätte durch seine exceptio doli wirklich der Stipulation die formale Natur genommen: so war also nach prätorischem Recht bis zum Beweise des Rechtsgrundes keine Obligation als vorhanden anzusehen, folglich auch nichts Condicierbares da; nach Civilrecht aber war jedenfalls die Obligation nur deshalb (aus den besondern Gründen, aus denen überhaupt Condictionen stattfinden) condicierbar, weil sie ohne Rücksicht auf die causa als vollständig begründet angesehen wurde. Außerdem aber ist Gneist's Deduction

gesetzten Resultate. Für letztere Klage haben einen ähnlichen Weg eingeschlagen Savigny, System, Bd. 3, S. 465 f., Puchta, Vorlesungen, §. 309, und Dernburg, in der Heidelb. krit. Zeitschr. Bd. 3, S. 500—502, welche also grundsätzlich mit Windscheid und Bähr die gleiche Ansicht zu haben scheinen. Freilich aber nimmt bei der condictio indebiti auch Wetzell, Civilproceß, §. 16, S. 94, eine Präsumption zu Hülfe, und vertheilt dann dennoch sogleich bei der condictio causa data causa non secuta, wo von jener Präsumption nicht die Rede sein kann, die Beweislast ganz analog. — Vollständig widerlegt ist Windscheid von Errleben, die Condictiones sine causa, Th. 2, S. 501 f.; vgl. auch Thöl, Handelsr. Bd. 1. Aufl. 3. §. 85, S. 358.

[15]) Bethmann-Hollweg, Versuche, No. 5, insbes. S. 350.

nur dadurch möglich, daß er von der irrigen Voraussetzung ausgeht, als wären die Condictionen in ihrer Ausbildung den entsprechenden Exceptionen, und nicht vielmehr diese den erstern gefolgt. Dieser Punct jedoch soll hier nicht weiter erörtert werden; nur mag der bereits von Bähr[16]) geltend gemachte Gegengrund hier wiederholt werden, daß in manchen Fällen, wo die Condiction stattfindet, die exceptio doli gar nicht denkbar ist, z. B. bei der Acceptilation, und meistens bei der Stipulation einem Dritten gegenüber.

Eben so unwahrscheinlich ist nun aber die von Gneist behauptete Beweislast bei der exceptio doli selbst. Man könnte sich vielleicht in abstracto die Möglichkeit denken, daß der Prätor auf irgend einem Wege der Stipulation ihre formale Natur entzogen hätte; aber wie Dies mittelst Einschiebung der exceptio: „si in ea re nihil dolo malo A. Agerii factum sit neque fiat", bewerkstelligt sein sollte, ist nach den Gesetzen der Logik nicht faßbar. Die prätorischen Formelbildungen setzen bekanntlich nirgends ein besonderes prätorisches Recht als bestehend voraus; sondern aus den praktischen Ergebnissen ihrer Formulierung wird erst Das, was man prätorisches Recht zu nennen gewohnt ist, abstrahiert. Der Richter hatte lediglich nach dem Wortlaute der Formel und nach dem Civilrechte zu entscheiden, nach dem Civilrechte nämlich so weit ihn die Formel auf Rechtsbegriffe verwies. In Betreff des Beweises war er nicht so sehr auf Regeln des positiven Rechtes, als auf seinen gesunden Menschenverstand verwiesen: und am wenigsten konnte es für ihn ein außerhalb der ihm ertheilten Formel irgendwo in der Welt existierendes prätorisches Beweisrecht geben. Nun hatte er nach der vorliegenden Formel, die Stipulation als feststehend angenommen, den Beklagten zu verurtheilen, wenn nicht dieser den Grund seiner exceptio, daß nämlich der Kläger sich in dieser Sache eines dolus schuldig gemacht habe oder mache, erwies. Dies sagt zum Ueberflusse Ulpianus in l. 2, §. 1 D. de dol. exc. 44, 4. l. 18, §. 1 D. de probat. 22, 3. Wenn nun selbst das prätorische Edict, was es freilich nach seiner ganzen Einrichtung sicher nicht that, den Satz ausgesprochen hätte, daß es als ein dolus anzusehen sei, wenn Jemand aus einer Stipulation ohne Nachweis einer causa klage, so hätte der Richter Dies durchaus nicht zu beachten gehabt. Ein Recht gab es für ihn nicht außer dem Civilrechte, und ob ein dolus vor-

[16]) A. a. O. S. 95, Anm. 6.

liege, hatte er nach der gemeinen Bedeutung dieses Wortes festzustellen. Wenn nun nach Civilrecht, wer sich von einem Andern Hundert hatte promittieren lassen, schlechthin ein Recht hatte, Hundert von diesem zu fordern: wie konnte schon darin allein, daß er dieses Recht auch ausübte, bis zum Gegenbeweise ein dolus gefunden werden?

Es liegt auf der Hand, daß Gneist (S. 218) diese Frage nicht durch einen Hinweis auf zwei Stellen, l. 6 C. si cert. pet. 4, 2 und l. 6 D. de SC. Mac. 14, 6, beantworten kann, wo der Ausdruck substantia obligationis beiläufig für die in einer Gegenleistung bestehende Causa der Stipulation gebraucht ist.[17]) Auch die nach Gneist (S. 219) analogen Fälle sind in der That von dem vorliegenden gänzlich verschieden. Es ist allerdings nicht zu bezweifeln, daß, wenn ein legierter Nießbrauch eingeklagt ward, und der Beklagte vor dem Prätor die vorgängige Bestellung einer cautio usufructuaria verlangte, der Kläger aber sie schon bestellt zu haben behauptete, dieser durch Aufnahme der exceptio doli in die Formel zum Beweise dieser Behauptung vor dem Richter gezwungen werden konnte; aber der Dolus würde hier nicht darin liegen, daß der Legatar klagt, ohne die Bestellung einer Caution zu beweisen, sondern darin, daß er klagt, während er nach Billigkeit und nach dem prätorischen Edicte, welchem auf Verlangen des Beklagten eben so gut durch eine specielle exceptio in factum hätte Geltung verschafft werden können, noch vorher eine Caution zu bestellen schuldig ist, und wenn diese freilich nicht klagweise, sondern nur excipiendo geltend zu machende, von der Anstellung der Klage bedingte Verpflichtung, als Fundament der Exception, einmal feststeht, so trifft ihn nach allgemeinen Grundsätzen die Beweislast hinsichtlich der von ihm behaupteten Erfüllung. Ganz ähnlich steht es mit der doli exceptio wegen nicht bestellter Caution für die quarta Falcidia. Für unsere exceptio doli dagegen besteht das Fundament nicht in einer Verpflichtung des Klägers zu einer vorgängigen Leistung, sondern in dem Mangel einer genügenden causa. Die in l. 20 D. de exc. 44, 1 genannte exceptio bonorum possessionis non datae sodann ist gewiß nicht, wie Gneist zu meinen scheint, mit der in l. 2 D. de exc. r. iud. 44, 2 und l. 15 D. de O. et A. 44, 7

---

[17]) Dies hat bereits Schmidt von Ilmenau in den Krit. Jahrb. Bd. 21, S. 33, bemerkt, der sonst Gneist in seiner Ansicht über die Beweislast beistimmt. S. auch Windscheid, Voraussetzung, S. 199, Anm. 7.

angeführten exceptio in factum identisch; die letztere aber ist die Einrede des Testamentserben, der die civile hereditas bereits erworben hat, sich aber darum noch nicht vom Erbschaftsgläubiger will verklagen lassen, weil es zweifelhaft ist, ob nicht noch bonorum possessio contra tabulas agnosciert wird, und der ohne Zweifel den Beweis zu erbringen hat, daß diese bonorum possessio Jemandem deferiert sei: so daß gar nicht zu begreifen ist, worin Gneist die Analogie zwischen seiner vermeintlichen exc. bonorum possessionis non datae und seiner exceptio doli gegen Stipulationsklagen findet. Die wahre exceptio bonorum possessionis non datae aber ist so dunkel, daß sie sich zur Aufhellung anderer Materien am wenigsten eignen möchte.[18]) Was endlich die sogen. exceptio non adimpleti contractus betrifft, so ist in ihr eben so wenig irgend eine für unsere Frage brauchbare Analogie zu entdecken, da sie eine Klage aus einem gegenseitigen Contracte voraussetzt, es sich hier aber um eine Klage aus einem Formalcontracte handelt.

Sehen wir nun zu, wie sich die Quellen zu dem von Gneist vertretenen Satze verhalten, so werden wir, wenn wir vorläufig von seinen beiden angeblichen Beweisstellen, l. 25, §. 4 D. de probat. 22, 3 und l. 13 C. de n. n. pec. 4, 30, absehen, den vollständigsten Gegenbeweis aus ihnen entnehmen können. Ein solcher liegt im Grunde schon in den zahlreichen, hauptsächlich in den von den Condictionen und der exceptio doli handelnden Titeln befindlichen Stellen, welche diese Rechtsmittel für die Anfechtung einer Stipulation ganz wie für die einer Tradition nicht an den Mangel einer causa überhaupt, sondern an ganz specielle Mängel der causa knüpfen. Es ist freilich wahr, daß unter Anderm auch wenn die wirkliche causa der Stipulation eine unsittliche ist[19]), oder wenn sie in einem irrthümlich

[18]) Freilich wenn sie, wie Sintenis in der Zeitschr. f. Civilr. u Pr. Bd. 17, S. 279, vorschlägt, die Einrede wäre, womit Derjenige, dem die bonorum possessio deferiert ist, der sie aber noch nicht erworben zu haben behauptet, sich gegen die Klage eines Erbschaftsgläubigers schützt, so möchte sie insofern für Gneist brauchbar sein, als hier natürlich der Kläger den Beweis des Erwerbes zu führen haben würde; ein solcher Beklagter brauchte aber ohne Zweifel gar keine exceptio. Ist aber der andere Vorschlag von Sintenis zu billigen, wonach die exc. bon. poss. non datae gegen Erbschaftsgläubiger in Fällen, wie der in l. 42, §. 2 D. de bon. libert. 38, 2 erörterte, stattfand, so hat wieder die Beweislast bei derselben nichts Besonderes.

[19]) L. 8 D. de cond. ob t. c. 12, 5.

angenommenen Schuldverhältnisse besteht[20]), der Stipulator den ihm nach Gneist durch die condictio oder die exceptio doli aufgebürdeten Beweis nicht würde führen können; aber jene Stellen gehen offenbar davon aus, daß das Rechtsverhältniß der Parteien in concreto sich allein nach dem Vorhandensein jener bestimmten in ihnen genannten Mängel des Rechtsgrundes entscheide, während doch nach Gneist der Stipulator nicht bloß zu beweisen hatte, daß z. B. keine turpis causa, oder kein irrthümlich als bestehend angenommenes Schuldverhältniß, sondern daß eine bestimmte, tadelfreie causa der Stipulation zu Grunde liege. Noch unzweideutiger spricht gegen Gneist's Lehre die Existenz verschiedener specieller gefaßten exceptiones neben der doli exceptio. Zunächst kommen hier wieder in Betracht die exceptiones in factum wegen mangelhafter causa, die z. B. in l. 8 D. de cond. ob t. c. 12, 5 und l. 20 D. de SC. Mac. 14, 6 erwähnt werden. Wenn Gneist selbst einwenden wollte, daß auch hier nicht der Excipient den Beweis des Inhaltes seiner exceptio, sondern der Kläger den Beweis des Gegentheils zu führen gehabt habe, so würde noch immer die Frage übrig bleiben, wie denn jemals der Beklagte, außer in dem Zwangsfalle der l. 4 §. 16 D. de dol. exc. 44, 4, dazu gekommen sei, statt der allgemeinen exceptio doli z. B. die specielle exceptio turpis causae vorzuschützen und auf diese Weise dem Kläger seinen Beweis zu erleichtern.[21]) Daß diese exceptiones in factum aber wirklich speciell, und nicht etwa allgemein auf den Mangel eines ausreichenden Rechtsgrundes gefaßt waren, erhellt eben aus jener Stelle des Ulpianus, der l. 4, §. 16 cit., wo als solche exceptio in factum die exceptio non numeratae pecuniae genannt wird. Zugleich liefert diese Stelle einen neuen Beweis für die hier vertheidigte Ansicht. Gegen Eltern und Patrone sollte die exceptio doli nicht vorgeschützt werden, sondern die entsprechende exceptio in factum. Hier kann es sich also gar nicht darum handeln, wie weit der Beklagte etwa freiwillig dem Kläger seinen Beweis erleichtert, sondern darum, was die Kinder oder Freigelassenen im günstigsten Falle statt der exceptio doli verlangen können. Dennoch wird hier einfach die exceptio non numeratae pecuniae genannt, worin, die Richtigkeit der Gneist'-

[20]) L. 15 C. de fideiuss. 8, 41. L. 5, §. 1 D. de A. E. V. 19, 1.

[21]) Wenn es gewiß wäre, daß die in l. 25 D. de A. E. V. 19, 1 erwähnte exceptio in factum gegen eine Stipulationsklage gerichtet ist (vgl. §. 1, Anm. 21), so würde ich (mit Bähr a. a. O. S. 145) auch diese hier anzuführen haben.

schen Ansicht vorausgesetzt, eine materielle Beeinträchtigung der Kinder und Freigelassenen im Vergleiche mit andern Beklagten liegen würde, während doch die Ehrfurcht vor Eltern und Patronen eben so gut z. B. bei folgender Fassung der exceptio gewahrt bliebe: „si non sine iusta causa eam pecuniam actor a reo stipulatus est".

Ein ähnliches Argument ergiebt sich aus dem Fortbestehen der exceptio legis Cinciae als praktischen Rechtes noch nach Einführung der exceptio doli. Es ist schon oben erwähnt, daß bei ihr ohne Zweifel der Excipient den Beweis der Schenkung zu führen hatte. Wie sollte nun noch ein Beklagter sich freiwillig in diese ungünstigere Lage begeben haben, wenn er durch die exceptio doli die Beweislast auf den Kläger schieben konnte? Denn natürlich mußte der Kläger dann eine causa nachweisen, die nicht eine unter die lex Cincia fallende Schenkung war, da die exceptio legis Cinciae so gut wie jede andere peremptorische exceptio in der exceptio doli generalis enthalten war.[22])

Ein Argument aus Paul. l. 5, §. 1 D. de A. E. V. 19, 1 endlich ist schon von Savigny[23]) und Bähr[24]) auf scharfsinnige Weise zur Widerlegung der Gneist'schen Lehre benutzt worden. Es heißt dort, wer einen Verkauf in der irrigen Meinung, dazu verpflichtet zu sein, abgeschlossen habe, Dem stehe gerade so die exceptio doli zur Seite, wie Dem, der eine vermeintlich geschuldete Leistung promittiert habe: und daß jenen die Beweislast wegen der Causa trifft, kann vernünftiger Weise nicht bezweifelt werden.

Diesen unzweideutigen Gegenbeweisen gegenüber könnte auf gewisse Nebengründe Gneist's selbst dann nur wenig Gewicht gelegt werden, wenn sie an sich haltbarer wären, als sie sind. Daß die

---

[22]) Vgl. l. 5, §. 5 D. de doli exc. 44, 4.

[23]) Obl.-R. Bd. 2, S. 264.

[24]) A. a. O. S. 145. — Auch die in §. 2, Anm. 13 erwähnte Stelle des Quintilianus (Inst. Or. 4, 2, 6) wird von Bähr gegen Gneist angeführt. Mit Unrecht wendet Dernburg, Heidelb. krit. Zeitschr. Bd. 3, S. 510, dagegen ein, daß gerade das „creditam" dort den Rechtsgrund der Stipulation (Darlehen) bezeichne; denn in Wahrheit ist vielmehr umgekehrt die pecunia certa credita das genus, die Stipulationsschuld die species, wie wir aus G. 3, 124, so wie aus Cic. pro Rosc. Com., vgl. mit G. 4, 13 u. 171, entnehmen können; vgl. auch Savigny, System, Bd. 5, S. 535 f. Dennoch ist jene Stelle nicht ganz beweisend, da ja Qu. immerhin an einen Proceß gedacht haben könnte, in welchem keine exceptio doli vorgeschützt war.

exceptio non numeratae pecuniae in ihrer herrschenden Auffassung, wenn seine Lehre richtig ist, weniger anomal erscheint, als sonst, kommt einmal darum nicht in Betracht, weil jene exceptio, wie Gneist selbst zugeben muß, doch immer noch anomal bleiben würde, und sodann insbesondere deshalb nicht, weil jene herrschende Auffassung selbst ganz irrig ist, was aber erst in der zweiten Abhandlung gezeigt werden kann. Außerdem beruft sich Gneist darauf, daß alle in und außer den Rechtsquellen vorkommenden Formulare von Stipulationsurkunden ein specielles Bekenntniß des promissor über das der Stipulation zu Grunde liegende Geschäft enthalten: wäre es, so sagt er, Sache des promissor, den Mangel der causa nachzuweisen, so wäre sein Bekenntniß nicht nur überflüssig, sondern es würde im Interesse des Gläubigers sein, der causa nicht zu erwähnen; er würde sich also hüten, eine solche Urkunde vom Schuldner anzunehmen. Die Richtigkeit der von Gneist behaupteten Thatsache will ich hier nicht untersuchen, noch darauf Gewicht legen, daß, wenn sie richtig sein sollte, sie das Werk des reinsten Zufalles sein könnte. Denn auch hiervon abgesehen, ist die von Gneist darauf gebaute Schlußfolgerung ganz falsch. Wenn auch zugegeben werden muß, daß bei der von mir behaupteten Beweisvertheilung wenigstens unter Umständen die Erwähnung des wahren Sachverhaltes in Betreff der Causa dem Gläubiger nachtheilig sein kann, z. B. wenn sie eine unsittliche ist, oder in einer Schenkung, oder in der Bestellung einer Dos — insofern hier vor der Klage die Ehe zu Stande gekommen sein muß —, oder in einem noch nicht ausgezahlten Darlehen besteht: so ist doch damit zugleich gegeben, daß für den Schuldner jene Erwähnung gerade eben so vortheilhaft ist, und insofern wäre unsere Ansicht eben so berechtigt, jene überwiegende Menge von Stipulationsurkunden mit Erwähnung der causa daraus zu erklären, daß natürlich jeder promissor sich weislich gehütet hätte, dem Gläubiger eine anders beschaffene Urkunde in die Hand zu geben. Es ist nämlich gar kein Grund vorhanden, sich gerade den Gläubiger als Denjenigen zu denken, der dem Andern die Bedingungen des Geschäftes nach seinem Belieben vorschreibt. Bei einer Schenkung z. B. oder einer Dosbestellung liegt die Richtigkeit dieser Bemerkung auf der Hand; für Geschäfte wie z. B. das Darlehen brauche ich sie indessen gar nicht zu urgieren, indem man vergebens nach irgend einer in diese Kategorie fallenden Stipulationsurkunde suchen würde, in welcher etwas dem Gläubiger

Nachtheiliges, wie etwa das Nichtgezahltsein des Darlehens, bezeugt wäre. Und Dies führt zu einer weitern Erwägung. Wie die Erwähnung der wirklichen causa dem Gläubiger, der an sich außer der Stipulation Nichts zu beweisen hatte, unter Umständen nachtheilig sein konnte, so konnte die Bezeugung einer falschen causa häufig durchaus in seinem Interesse liegen. Wollte z. B. der Schuldner den Beweis, daß eine unsittliche causa, oder ein nicht ausgezahltes Darlehen der Stipulation zu Grunde liege, übernehmen, so konnte ihm derselbe offenbar leicht dadurch erschwert sein, daß er selbst etwa in der Urkunde schon bezeugt hatte, der Rechtsgrund bestehe in einem schon gezahlten Darlehen.[25]) Keiner der uns erhaltenen Stipulationsurkunden aber ist es anzusehen, ob die darin befindliche Bezeugung des Rechtsgrundes der Wahrheit entspricht, oder nicht.

§. 4.

Fortsetzung. L. 25, §. 4 D. de probationibus und l. 13 C. de non numerata pecunia.

Ich wende mich endlich zu den beiden Stellen, auf welche Gneist den behaupteten Rechtssatz vorzugsweise gestützt hat. Die l. 25, §. 4 D. de probat. 22, 3, der Ueberschrift nach von Paulus herrührend, lautet folgendermaßen:

„Sed haec, ubi de solutione indebiti quaestio est. Sin autem cautio indebite exposita esse dicatur, et indiscrete loquitur, tunc eum, in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit, nisi ipse specialiter, qui cautionem exposuit, causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit; tunc enim stare eum oportet suae confessioni, nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit, sese haec indebite promisisse".

Das Fragment, dem dieser §. 4 angehört, handelt von der Beweislast in Betreff eines behaupteten indebitum: „quum de indebito quaeritur, quis probare debet" (princ.). Darunter sind zwei Fälle begriffen, die condictio indebiti und die gegen eine angeblich indebite

---

[25]) Wer der gemeinen Meinung über die querela non numeratae pecuniae anhängt, muß hier an eine Zeit denken, wo dieses Rechtsinstitut noch nicht eingeführt war.

aus Irrthum geschehene Vermögensübertragung gerichtete exceptio doli oder in factum. Letztere kommt freilich für die ersten Paragraphen bis zu §. 3 incl., die von der Anfechtung einer indebite geschehenen Zahlung handeln, verhältnißmäßig wenig in Betracht. Der §. 4 geht nun über zur Besprechung des Falles, wo eine „cautio" angeblich indebite ausgestellt, also die Obligation noch nicht erfüllt, sondern auf Grund der bestehenden Obligation vorläufig etwas Anderes geleistet ist. Die nächste Frage ist nun, worin dieses Andere bestehe, was hier unter cautio zu verstehen sei. Daß es eine schriftliche Urkunde sei, wird nach dem Zusammenhange der Stelle Niemand bezweifeln; es kann aber entweder ein einfacher Schuldschein, oder eine Stipulationsurkunde, d. h. eine Urkunde, worin eine Stipulation von der Hand des Promissors als geschehen zugestanden ist, gemeint sein. Für beide Bedeutungen finden sich viele Belege gesammelt bei Gneist a. a. O. S. 236 ff. Zwar scheint, wie cautio häufig geradezu für den mündlichen Act der Stipulation selbst vorkommt, so auch, wenn das Wort eine Schrift bezeichnet, dabei ganz überwiegend an Stipulationsurkunden gedacht zu sein, und bei vielen unter den von Gneist für die Bedeutung Schuldschein im Allgemeinen angeführten Stellen kann es ganz zweifelhaft erscheinen, ob der Verfasser nicht ausschließlich an Stipulationsurkunden gedacht hat; indessen einige Stellen brauchen doch ganz entschieden cavere und cautio von einem einfachen Schuldscheine, z. B. l. 20 D. de instit. act. 14, 3. l. 27 D. depos. 16, 3 (wo die Klage „ex causa depositi" stattfinden soll). Ein einfacher Schuldschein sodann ist in doppelter Weise denkbar, entweder als einfaches Schuldbekenntniß, oder mit hinzugefügtem Versprechen der Zahlung, aus welchem bekanntlich die actio de pecunia constituta entspringt. Es ist nun aber gewiß Gneist darin beizustimmen, daß in unserer Stelle unter cautio eine Stipulationsurkunde zu verstehen ist. Aus einem Constitutum findet bekanntlich, wenn keine wirkliche Schuld zu Grunde liegt, ipso iure keine Klage statt: es kann also von einer hierauf gerichteten condictio indebiti keine Rede sein, während doch der Zusammenhang der Stelle auch für den §. 4 die Voraussetzung einer solchen unerläßlich macht. Nun ist es zwar unzweifelhaft, daß eine in irrthümlicher Voraussetzung einer Schuld hingegebene Urkunde als solche einerlei ob mit, oder ohne Zahlungsversprechen) stäts condiciert werden kann; aber während die Quellen von einer solchen condictio in-

debiti nirgends sprechen[1]), ist ihnen die Gegenüberstellung der condicierbaren Zahlung und der condicierbaren Promission sehr geläufig[2]), und für die letztere würde es in der l. 25 cit. an einer Entscheidung fehlen, wenn wir unter cautio einen einfachen Schuldschein verstehen wollten. Positiv spricht für die ausschließliche Beziehung auf Stipulationsurkunden die Wendung „in cautionem deduxit“ (= „in stipulatum“ oder „stipulationem deduxit“)[3]), und ganz entscheidend der Schluß der Stelle: „esse haec indebite promisisse“; denn hier wird nicht ein bloßes Bekenntniß, sondern ein Schuldversprechen vorausgesetzt, und zwar ist promittere ein technischer Quellenausdruck für das auf eine Stipulation gegebene Versprechen, während von einem sonstigen, formlosen Zahlungsversprechen eben die Bezeichnung constituere gebraucht wird.

Gneist hat also Recht, wenn er den Gegenstand unserer Stelle dahin feststellt: es handelt sich um die Beweislast bei der gegen eine urkundlich bezeugte Stipulation gerichteten condictio oder exceptio indebiti.[4]) Diese Auffassung hätte er aber auch für die weitere Auslegung der Stelle genau festhalten sollen. Denn wenn sie von der condictio indebiti und der dieser entsprechenden exceptio handelt, so redet sie eben nicht von der Gneist'schen allgemeinen condictio sine causa und exceptio doli, welchen gegenüber der Stipulator den Beweis des objectiven Bestandes irgend eines zulässigen Rechtsgrundes zu erbringen haben soll; im Gegentheil reiht sie sich den im §. 3 erwähnten Stellen an, welche gerade zur Widerlegung der Existenz jener allgemeinen Rechtsmittel dienen. Freilich, wenn der Promissor behauptet, die Stipulation sei in irrthümlicher Annahme eines in Wahrheit nicht bestehenden Schuldverhältnisses abgeschlossen, so leugnet er damit jedenfalls auch, daß irgend ein genügender Rechts-

[1]) Unter scriptura in l. 3 C. de cond. ind. 4, 5 ist natürlich zunächst eine Stipulationsurkunde zu verstehen, und sodann metonymisch auch die Obligation selbst, wie schon die Alternative der exceptio doli beweist.

[2]) Vgl. die Citate bei Gneist a. a. O. S. 195 f.

[3]) Gneist a. a. O. S. 203. — Vgl. überhaupt auch Bähr a. a. O. S. 142.

[4]) So führt auch der Scholiast Kyrillos seine Umschreibung der ganzen l. 25 ein: „ὅτε ἐνδέβιτος κινεῖται κονδικτίκιος“ („quum condictione indebiti agitur“). Ein Beispiel liefert l. 15 C. de fideiuss. 8, 41: „Si indebitam pecuniam, quasi ex causa fideiussionis obstrictus, in cautionem per errorem deduxisti, tam doli mali exceptione uti, quam condicere, ut obligatio tibi accepto feratur, potes“.

grund für dieselbe vorhanden sei. Aber nun soll ja nach den Worten des Gesetzes der Stipulator auch „compelli debitum esse ostendere“[5]): und wie könnte er gerade dazu gezwungen werden, wenn Nichts weiter vorläge, als die Stipulation auf der einen, und die Behauptung des objectiven Mangels jeder causa auf der andern Seite? Es müßte ihm doch eben so gut freistehen, zwar keine ältere Schuld, aber z. B. eine Schenkung (im classischen Recht eine nicht unter das Cincische Gesetz fallende), oder ein bei oder nach der Stipulation gezahltes Darlehen als causa nachzuweisen.

Die Widerlegung der Gneist'schen Auslegung wird aber nicht für vollendet gelten können, ehe eine andere als die richtige nachgewiesen ist. Dies soll nun im Folgenden versucht werden.

Soll unter irgend welchen Umständen der Stipulator zum Beweise eines frühern Schuldverhältnisses gezwungen werden, so muß offenbar schon feststehen, daß die Stipulation als stipulatio debiti von den Parteien gewollt sei, und Dies hat, falls bestritten, natürlich der Condicent, resp. Excipient, darzuthun, als den Grund seiner Klage oder Exception.[6]) Wenn die Urkunde neben der Bezeugung der

---

[5]) Wenn schon die von Brinz (der im Wesentlichen Bähr's unten zu erwähnende Erklärung dieser Stelle angenommen hat), Lehrb. der Pandekten, §. 100, S. 429 f., aufgestellte Behauptung: „der Einwand, daß indebite caviert sei, kann jede Grundlosigkeit der Caution bedeuten“, höchst bedenklich erscheint, so muß vollends die entsprechende Uebersetzung des „debitum esse“ (nicht etwa debite eum cavisse) zu den ganz willkürlichen Mißhandlungen der Quellen gerechnet werden.

[6]) Dies bemerken auch schon Bethmann-Hollweg, Versuche, No. 4, S. 290, Anm. 90, und Windscheid a. a. O. S. 197. Letzterer zieht aber für unsere Stelle deshalb keine Consequenz daraus, weil er gegen den unzweideutigen Wortlaut annimmt, es müsse dem Stipulator nach dem Sinne des Gesetzes eben auch freistehen, statt des debitum eine andere genügende causa nachzuweisen. Freilich hält er l. 25, §. 4 cit. für interpoliert, während Gneist in diesem Paragraphen die echten Worte des Paulus zu lesen meint, und daher fallen beider Ansichten nur für das Justinianische Recht zusammen, während in Bezug auf das classische Recht Windscheid sich S. 198, Anm. 7, Gneist entgegenstellt. Rudorff, zu Puchta's Pandekten, §. 257, Note h, hat sich dieser Ansicht durchaus angeschlossen. — Dagegen sehe ich keinen Grund, anzunehmen, daß Cropp, jurist. Abh. Bd. 1, No. 18, S. 350—363, der die Stelle gleichfalls nur auf die condictio indebiti bezieht, nicht auch in dem hier fraglichen Puncte die Consequenz dieser Auslegung ziehen will; freilich ist er aber nicht nur von Fick, in der Heidelb. krit. Zeitschr. Bd. 1, S. 484, im entgegengesetzten (also Gneist'schen) Sinne verstanden, sondern auch vom OAG. zu Lübeck in einem Erk. von 1836 (Thöl, Entscheidungsgründe, No.

Stipulation auch ein Anerkenntniß einer frühern Schuld, für welche dieselbe geschlossen sei, enthält, und der Inhaber sie als Kläger zum Beweise seines Klaggrundes produciert hat, so braucht sich der Aussteller für seinen eben erwähnten Beweis wohl nur auf die Urkunde zu berufen, da der Kläger das darin Bezeugte seinem ganzen Umfange nach auch gegen sich gelten lassen muß. Eine vollständige Analogie für jene Beweisvertheilung selbst bietet übrigens der §. 1 unserer Stelle dar. Darnach sollen gewisse Personen, wenn sie ein indebitum gezahlt zu haben behaupten, das Privileg genießen, daß von dem Gegner der Beweis des Schuldverhältnisses erwartet wird. Aber natürlich kann von dieser Beweispflicht nicht schon dann die Rede sein, wenn nichts als die geschehene Eigenthumsübertragung, sondern erst wenn die geschehene Zahlung, d. h. die zum Zwecke der Tilgung einer Schuld vorgenommene Eigenthumsübertragung, feststeht. Gesteht der Gegner diese Thatsache der Zahlung zu, so erscheint eben die erwähnte Vertheilung der Beweislast als Privileg jener bestimmten Classe von Personen; leugnet er dagegen, so ist sie kein Privileg mehr; denn nach dem princ. hat in diesem Falle jeder Condicent zwar die Zahlung („solutionem") zu erweisen, wenn aber dieser Beweis geführt ist, auch jedem gegenüber der Gegner den frühern Bestand seiner betreffenden Forderung darzuthun.

Nach allgemeinen Grundsätzen werden wir nun freilich nicht bloß die Zahlung, bez. das Schuldversprechen, als den Klaggrund der condictio indebiti, den der Kläger beweisen muß, anzusehen haben, sondern vielmehr die irrthümliche Zahlung, das irrthümliche Schuldversprechen: also werden wir vom Kläger auch den Beweis der Nichtexistenz der als Rechtsgrund angenommenen frühern Obligation verlangen.[7]) Als Regel ist Dies auch in der l. 25 in Bezug auf die behauptete solutio indebiti anerkannt. Allerdings sind schon dabei Ausnahmen gemacht, deren innere Berechtigung zu einem großen

238, S. 314. Seuffert, Archiv, Bd. 8, No. 168) hierfür als Auctorität angeführt worden. Dabei ist noch zu bemerken, daß Cropp unter der „cautio" zunächst nicht eine Stipulationsurkunde, sondern ein (angeblich formell obligierendes) chirographum versteht; vgl. §. 6, Anm. 21.

[7]) Vgl. §. 3, bei Anm. 14. S. auch Benfey, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. Bd. 14, S. 201 ff. Errleben, die Cond. s. c. Th. 1, S. 76. Römer, die Beweislast hinsichtl. des Irrth. S. 60. Wangerow, Pandekten, Bd. 3, 6. Aufl. §. 625, Anm. 2, S. 417, und die Citate in §. 3, Anm. 14.

Theil mehr als zweifelhaft sein möchte. Man sollte dennoch erwarten, im §. 4 dieselbe Regel auch für die angeblich indebite ausgestellte cautio wieder zu finden.[8]) Statt Dessen wird unterschieden zwischen zwei Fällen: „si cautio indiscrete loquitur", und: „si is, qui cautionem exposuit, specialiter causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit". Denn obwohl sich nach dem Wortlaute der Stelle der zweite Fall an die Entscheidung des ersten als Ausnahme anzuschließen scheint, so ergiebt sich doch bei genauerer Betrachtung sogleich, daß er diese Stellung lediglich einer Incorrectheit des Verfassers zu danken hat, und daß er vielmehr den geraden Gegensatz des ersten Falles darstellen soll. Die Entscheidung fällt für den ersten Fall dahin aus, der Inhaber der Urkunde solle den Beweis der Schuld führen. Für den zweiten ist sie zweideutig; da er an die erste Entscheidung: „tunc enim — compelli debitum esse ostendere", mit einem nisi angeschlossen wird, so sollte man denken, hier habe nun der Aussteller den Beweis der Nichtschuld zu führen; dagegen scheint aus den Worten: „tunc enim stare eum oportet suae confessioni, nisi" etc. die Auffassung hervorzugehen, daß auch hier zunächst der Inhaber den Beweis der Schuld zu führen habe, den er ja aber mit Hülfe des in der Urkunde enthaltenen Geständnisses alsbald erbringe, wogegen dann dem Aussteller natürlich noch der Gegenbeweis freistehe. Die praktischen Verschiedenheiten, welche diese beiden Auslegungen für das Ergebniß der beiderseitigen Beweise in manchen Fällen mit sich bringen würden, werden Jedem, dem das Beweisrecht geläufig ist, einleuchten. Der erstern Auslegung wird man wohl den Vorzug geben, wenn man bedenkt, daß in der Urkunde möglicher Weise auch ein anderer Rechtsgrund, als eine bestehende Schuld, z. B. eine Schenkung, genannt sein, ein solches Geständniß aber natürlich vom Inhaber nicht benutzt werden kann, um, wenn dennoch das debitum als sub-

[8]) Hiermit würde dem Aussteller der cautio auch keineswegs, wie Cropp a. a. O. S. 358 meint, eine Negative zum Beweise verstellt sein, für die wegen ihrer Vagheit ein anderer Beweis, als durch Eideszuschiebung so gut wie unmöglich wäre. Der Beweis ist hier jedenfalls nicht vager, als bei jeder andern condictio indebiti (vgl. Gneist a. a. O. S. 216 f.): und der richtigen Ansicht zufolge hat der Condicent auch nicht etwa die Nichtexistenz jeder denkbaren auf das betreffende Object gerichteten Verbindlichkeit, sondern nur Umstände darzuthun, welche es zugleich klar machen, daß die bestimmte, von den Parteien vorausgesetzte Obligation nicht existierte, und wie der Kläger trotzdem zu dieser irrthümlichen Annahme gelangen konnte.

jective causa vom Aussteller einmal nachgewiesen ist, die wirkliche Existenz desselben darzuthun. Auch heißt confessio nicht mit Nothwendigkeit Geständniß im eigentlichen Sinne, sondern kann auch, wie bei Marcellus in l. 20, §. 1 D. de donat. 39, 5, auf den verpflichtenden Act, die Stipulation, bezogen werden, vergleichbar dem Griechischen ὁμολογία. Jedenfalls soll der Aussteller im zweiten Falle für seinen Beweis des indebitum auf sehr einleuchtende, und zwar auf schriftliche Beweismittel beschränkt sein. Es fragt sich noch, ob der Inhaber, wenn in der Urkunde ein debitum als Rechtsgrund angegeben ist, dieses Geständniß nicht stäts als Gegenbeweisgrund zur Entkräftung des etwa geführten Beweises der Nichtschuld benutzen könne. Im Sinne unserer Stelle ist diese Frage offenbar zu verneinen, da der Aussteller, „si evidentissimis probationibus — ostendere paratus sit" etc., eben nicht nöthig haben soll, „stare suae confessioni". Für den ohne Zweifel gewöhnlichen Fall, wo die Stipulation und die Aufnahme der Urkunde über dieselbe so gut wie gleichzeitig geschehen sind, erklärt sich diese Entscheidung auch sehr einfach dadurch, daß dieselben Umstände, deren Nachweis z. B. der Klage aus der Stipulation gegenüber die exceptio indebiti fundiert, auch zur Begründung einer Beweiseinrede[9]) gegen das in der Urkunde enthaltene außergerichtliche Geständniß ausreichen, das eben dann für den Beweis nicht mehr benutzt werden kann, wenn die Ausstellung desselben durch eine nachgewiesene irrige Voraussetzung über das Bestehen der darin bezeugten Schuld erklärt wird. Anders liegt allerdings die Sache, wenn die Stipulationsurkunde erst später aufgenommen ist: hier müßte auch für diesen letztern Zeitpunct, um die Beweiseinrede zu erweisen, die irrige Annahme der Verbindlichkeit noch besonders plausibel gemacht werden. Nur scheinbar steht dieser innerlich nothwendigen Auffassung der Wortlaut unserer Stelle entgegen; denn im letztern Falle würde sie eben Beweisgründe, die unter Voraussetzung der Gleichzeitigkeit von Stipulation und Urkunde schon „evident" genug sein würden, noch nicht für „evidentissimae pro-

[9]) Auf die Besprechung derartiger, von den Processualisten gewöhnlich nicht genug beachteter Beweiseinreden näher einzugehen, werde ich in der zweiten Abhandlung Gelegenheit haben. — Daß aber an sich ein Geständniß so gut zum Gegenbeweise, wie zum Beweise dienen kann, darüber ist zu vgl. die Anmerkung des Einsenders P. zu dem bei Seuffert, Archiv, Bd. 11, No. 189 mitgetheilten Erk. des OAG. zu Kiel.

bationes" erklären. Die ferneren Fragen, ob die in den vorhergehenden Paragraphen der l. 25 bei der solutio von der Beweispflicht des Condicenten gemachten Ausnahmen etwa auch auf den zweiten Fall unseres §. 4 anzuwenden sind, und in welchem Sinne, können hier unerörtert bleiben, wenn, wie sich weiter unten ergeben wird, unsere Stelle einerseits als völlig interpoliert keinen wissenschaftlichen Werth hat, andrerseits aber auch für das heutige Recht keine analoge praktische Anwendung finden kann.[10])

Dagegen sind noch folgende Puncte hervorzuheben. Einmal, daß es alle Rechtsconsequenz zerstören hieße, wollte man, was hier für die Anfechtung einer urkundlich bezeugten Stipulation festgesetzt ist, nicht für das Justinianische Recht auf die Anfechtung bloß mündlich geschlossener Stipulationen ausdehnen.[11]) Man wird also jedenfalls bei dieser sagen müssen: wer gegen eine solche eine condictio oder exceptio indebiti anbringt, hat zwar natürlich darzuthun, daß sie als stipulatio debiti gewollt sei; sodann aber trifft den Stipulator die Beweislast hinsichtlich der frühern Existenz seiner Forderung.

Sodann ist noch genauer festzustellen: was ist eine „cautio, quae indiscrete loquitur?" was ist eine, in der „specialiter causas expressit is, qui cautionem exposuit?" — So viel ist gewiß: in jene Classe gehört die Urkunde, die außer der Bezeugung der Stipulation Nichts enthält, in diese diejenige, welche z. B. eine Schenkung, oder ein gleichzeitig gegebenes oder noch zu gebendes Darlehen, oder eine individuell bezeichnete, schon bestehende Schuld, z. B. eine Kaufschuld, eine Schuld aus einer frühern Stipulation, eine Schuld aus einem Vermächtnisse, eine Schuld aus Beschädigung einer Sache des Stipulators, als causa der Stipulation nennt. Aber in welche der beiden Classen ist eine Urkunde zu stellen, welche nur ein allgemeines Bekenntniß der Schuld, nicht aber das Bekenntniß irgend eines bestimmten Obligationsgrundes enthält? — Halten wir uns zunächst nur an die Worte des Gesetzes, so müssen wir gewiß antworten: in die zweite. Als technische Bezeichnung kommt indiscrete sonst durchaus nicht vor[12]); wörtlich übersetzt, heißt es ununterschieden,

[10]) Hierüber vgl. §. 11, bei Anm. 33—35, u. §. 12 a. E.

[11]) So auch Sintenis, in Sell's Jahrb. Bd. 1, S. 296.

[12]) Es findet sich auch l. 49, §. 3 C. de episc. 1, 3: „Ubi autem indiscrete (al. indistincte) pauperes scripti sunt heredes". Haloander schreibt, beiläufig bemerkt, auch in unserer Stelle indistincte.

also „cautio, quae indiscrete loquitur“: „eine Stipulationsurkunde, in deren Wortlaut kein Unterschied gemacht ist.“ Kein Unterschied wozwischen? — Zwischen der zu Grunde liegenden causa[13]) und allen übrigen denkbaren, wie sich aus dem Gegensatze: „nisi specialiter“ etc. ergiebt. Wenn nun aber eine bestehende Schuld als causa genannt ist, so ist ja ein Unterschied gemacht, so ist eine causa „specialiter,“ d. h. ausdrücklich, angegeben. Auch ist diese Angabe im eigentlichsten Sinne des Wortes eben so speciell, wie etwa die einer Schenkung, oder eines erwarteten Darlehens; denn für die Stipulation ist ja nicht der Kauf, oder die frühere Stipulation, oder das Vermächtniß, oder die Beschädigung Rechtsgrund, sondern nur entweder die Novation, oder die Bestärkung einer bestehenden, gleichviel woher entstandenen Forderung des Stipulators.[14])

Dagegen würden innere Gründe uns nöthigen, die fragliche Urkunde als „cautio indiscreta“ gelten zu lassen, wenn eine sehr verbreitete Ansicht Recht hätte, welche einem allgemein lautenden außergerichtlichen Schuldbekenntnisse jede Beweiskraft abspricht.[15]) Ich halte aber diese Ansicht für ganz unbegründet. Allerdings ist es wahr, daß ein specieller Klaggrund, wie z. B. ein Kauf, eine Stipulation, ein Vermächtniß, eine Beschädigung, nicht durch einen Schein bewiesen werden kann, in dem der Beklagte nur im Allgemeinen die eingeklagte Summe schuldig zu sein bekannt hat.[16]) Dagegen ist nicht der entfernteste Grund vorhanden, weshalb (die Beweiskraft außergerichtlicher Geständnisse überhaupt einmal vorausgesetzt) auch da, wo der specielle Entstehungsgrund des Schuldverhältnisses rechtlich unerheblich ist, das Schuldverhältniß im Allgemeinen nicht als durch

[13]) Daß in der Stelle der Plural causas steht, kann keinen innern Grund haben, sondern ist lediglich eine Incorrectheit; denn jede individuelle Stipulation kann nur Eine causa haben. Dies gegen Gneist a. a. O. S. 211.

[14]) A. M. Bethmann-Hollweg, Versuche, No. 4, S. 290 f., Anm. 90. Cropp a. a. O. S. 353 ff.

[15]) Vgl. statt vieler Citate Savigny, System, Bd. 7, S. 45. Linde, Lehrb. des Civilpr. §. 277. Wetzell, System des Civilpr. §. 22, S. 123. Bethmann-Hollweg, Versuche, No. 4, S. 291 f. und S. 306 f., der freilich hinzufügt: „Ganz unbeachtet wird indeß der Richter auch das Einräumen des Rechtes selbst nicht lassen“.

[16]) Auf nichts Anderes kommen die Bemerkungen von Heimbach, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. n. F. Bd. 13, S. 113 ff., heraus, welche angeblich einen neuen, deutschrechtlichen Beweis für die mangelnde Beweiskraft der „cautio indiscreta“ enthalten.

ein solches Bekenntniß bewiesen gelten sollte. Als innerer Grund wird dagegen angeführt, daß das außergerichtliche Geständniß ein Zeugniß sei, auf welches der Richter seine Ueberzeugung gründen solle; daher müsse es, wie jedes andere Zeugniß, auf Thatsachen gerichtet sein, die der Gestehende wissen könne, d. h. äußere Thatsachen, die er mit seinen Sinnen habe wahrnehmen können, und innere, die in seinem eigenen Bewußtsein vorgegangen seien; jedes Urtheil, jede Schlußfolgerung, factisch oder juristisch, müsse hier ausgeschlossen bleiben, als ausschließend Sache des Richters; er dürfe seine Ueberzeugung nicht auf fremde Urtheile oder Schlüsse gründen.[17]) Es ist nun zwar richtig, daß das außergerichtliche Geständniß Etwas ist, worauf der Richter seine Ueberzeugung gründen soll; man kann sich aber die Bezeichnung desselben als Zeugnisses nur dann gefallen lassen, wenn diese Benennung nicht zur Erschleichung von Rechtssätzen mißbraucht werden soll; denn es ist kein Zeugniß im eigentlichen Sinne, sondern eine von der Partei mit dem Bewußtsein und der Absicht, damit dem Gegner ein Beweismittel in die Hände zu geben (animo confitendi), abgelegte Erklärung über ihr rechtlich nachtheilige Thatsachen, und eben daher ohne Zweifel vorzugsweise geeignet, die Ueberzeugung des Richters zu begründen. Allerdings muß es auf Thatsachen gerichtet sein, die der Gestehende wissen konnte; aber zu diesen gehört offenbar die Thatsache, daß er dem Andern eine gewisse Leistung schuldig sei; denn man kann auch andere Thatsachen wissen, als äußere, die man mit seinen Sinnen hat wahrnehmen können, und innere, die im eignen Bewußtsein vorgegangen sind: namentlich gerade solche, deren Wahrheit man durch logische Schlüsse hat feststellen können. Freilich dürfen Zeugen im Proceß über Thatsachen dieser Art nicht vernommen werden[18]); aber der Grund liegt darin, daß die Partei ein Recht darauf hat, daß der Richter, und nicht die Zeugen, maßgebende Schlüsse aus den Thatsachen unmittelbarer Wahrnehmung ziehe: und gerade dieser Grund fällt beim Geständniß ganz weg, wo die Partei selbst die für sie rechtlich nachtheiligen Schlüsse gezogen hat. Es findet hier (mutatis mutandis) analoge Anwendung, was Bethmann-Hollweg selbst unmittelbar vorher

[17]) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 306, und Wetzell a. a. O. Ersterer spricht übrigens dort nur vom heutigen Proceßrechte.

[18]) Selbst Dies ist vielleicht nicht uneingeschränkt richtig; vgl. Erk. des OAG. zu Lübeck von 1850, bei Seuffert, Archiv, Bd. 3, No. 213.

in Bezug auf das gerichtliche Geständniß sagt: „Den Richter aber zu verpflichten, gleichsam als Vormund der Parteien, sie durch Aufforderung zu specielleren Erklärungen vor Irrthum zu schützen (hier also: „ihre eignen frühern, nicht genau specialisierten Erklärungen wegen möglichen Irrthums nicht gelten zu lassen"), ist dem Geiste unseres gemeinen Prozesses durchaus entgegen. Nehmen die Parteien selbst ihr Interesse nicht gehörig wahr, so thut der Richter sicher nicht Unrecht, wenn er auf ihre Geständnisse fußt." Die Absurdität dieser Art von Bevormundung der Parteien, welche die hier bekämpfte Lehre vom außergerichtlichen Geständnisse mit sich führt, erscheint nur dadurch meistens in einem milderen Lichte, weil die Anhänger derselben es versäumen, ihr in allen Consequenzen treu zu bleiben. Denn daß das Bekenntniß, ein Darlehen empfangen, einen Kauf geschlossen zu haben, vollständig beweise (jenes abgesehen von der Singularität der querela non numeratae pecuniae), hat noch nie Jemand bezweifelt. Wie konnte man aber übersehen, daß ein solches Bekenntniß eben sowohl ein juristisches Urtheil zur Grundlage hat, wie das allgemein lautende Geständniß, eine gewisse Geldsumme schuldig zu sein! Daß gerade dem letztern die Kraft entzogen sein soll, die dem Geständnisse anderer juristischer Thatsachen zukommt, würde sich daher nur durch positive Rechtsvorschriften rechtfertigen lassen, welche ausdrücklich diese singuläre Bestimmung getroffen hätten. An solchen fehlt es nun aber gänzlich. Ihre gesetzliche Stütze hat man ihr sonst gerade hauptsächlich in unserer l. 25, §. 4 zu geben gesucht, für die hier eben ein ganz anderer Inhalt nachgewiesen wird. Von den Stellen, die außerdem wohl für die angefochtene Lehre citiert werden, nämlich l. 27 D. de probat. 22, 3, l. 26, §. 2 D. depos. 16, 3 und l. 26 D. de donat. 39, 5, braucht hier nur gesagt zu werden, daß sie keine Spur davon enthalten, da Dies zu klar auf der Hand liegt.[19]) Dagegen zeigen gerade umgekehrt zwei Stellen des Scävola, l. 47, §. 1 D. de pact. 2, 14 und l. 20 D. de instit. act. 14, 3, daß nach Römischem Recht ein allgemein lautendes Schuldbekenntniß für vollbeweisend anzusehen ist. Beide Stellen theilen Urkunden mit, welche neben einem derartigen Schuldbekenntniß ein Zahlungsversprechen enthalten, und betrachten auf Grund derselben ein Constitutum, zu dessen Voraussetzungen bekanntlich irgend eine bestehende

[19]) Bethmann-Hollweg führt sie daher auch gar nicht an.

Schuld gehört, als vollständig erwiesen. Die erste Urkunde lautet: „ex ratione mensae — ex contractibus plurimis remanserunt apud me ad mensam meam trecenta octoginta sex“ etc.: und von Dem, der diesen Schein empfangen hat, sagt Scävola: „debitorem sibi constituit.“ In der zweiten Stelle lautet der Schein: „Habes penes mensam patroni mei denarios mille, quos denarios vobis numerare debebo pridie Kalendas Maias“: hier mag man zwar zweifeln, ob der Jurist die wirksame Klage gegen den Aussteller nur deshalb versagt („nec aequitatem conveniendi eum superesse,“ geht auf die prätorische actio de pecunia constituta, im Gegensatze zum vorhergehenden „nec iure his verbis obligatum“), weil er den Schein nicht in eignem Namen, sondern nur als Institor des insolventen Geschäftsherrn ausgestellt hat, oder deshalb, weil die Urkunde nur ein Schuldbekenntniß, nicht auch ein Schuldversprechen enthält[20]; aber wenn Scävola nicht davon ausgegangen wäre, daß dieselbe mindestens zum Beweise der Schuld ausreiche, so würde er offenbar seine verneinende Antwort vor Allem auf diesen Punct gestützt haben.[21] Damit würde für das Römische Recht die Frage erledigt sein. Um hier gleich zu zeigen, daß es sich im heutigen Rechte damit nicht anders verhält, ist es nur noch nöthig, das c. 14 X. de fide instr. 2, 22 einer Betrachtung zu unterziehen. Diese Stelle ist offenbar nur eine Umschreibung unserer l. 25, §. 4.[22] Wenn man nun annehmen könnte, daß cautio auch im kanonischen Recht noch Stipulationsurkunde bedeutet, so bedürfte es weiter keines Wortes mehr: es würde sich auch derselbe Inhalt ergeben, nur mit der Abweichung, daß nach dem Schlusse der Aussteller in der Wahl seiner Beweismittel nicht beschränkt ist. Ist jenes Wort aber durch Schuldschein zu übersetzen, so ist jedenfalls einzig an einen solchen Schuldschein zu denken, der kein bloßes Schuldbekenntniß, sondern ein Versprechen enthält; denn Dies folgt aus den beibehaltenen Worten: „te id indebite promisisse.“ Auf diese Weise erhalten wir, da wir hier keineswegs durch den Zusammenhang an die condictio

---

[20]) Vgl. Vangerow, Pandekten, 6. Aufl. Bd. 3, §. 661, S. 516.

[21]) Niemand wird doch behaupten wollen, daß mit Ausdrücken, wie „ex ratione mensae“, „ex plurimis contractibus“, eine bestimmte Bezeichnung des juristischen Entstehungsgrundes der Obligation gegeben sei.

[22]) Statt indiscrete braucht Papst Gregor IX. den ganz gleichbedeutenden Ausdruck indeterminate.

indebiti gebunden sind, den Satz: wenn von einem schriftlichen Versprechen, welches von keiner Angabe einer causa begleitet ist, der Aussteller behauptet, daß es indebite ausgestellt sei, so hat der Inhaber des Scheines, wenn er die Ausstellung ob debitum praecedens behauptet, dieses debitum zu erweisen; ist dagegen in der Urkunde die causa, und zwar, wie wir hier ergänzen müssen, eine bestehende Schuld als causa, angegeben, so fällt die Beweislast in jenem Puncte auf den Aussteller.[23]) Man sieht, daß auch hier keineswegs einem allgemein lautenden Schuldbekenntnisse die Beweiskraft abgesprochen ist.

Ich kehre zur l. 25, §. 4 zurück, um als Resultat der letzten Untersuchung auszusprechen, daß eine Stipulationsurkunde, in welcher eine bestehende Schuld schlechthin als causa bezeugt ist, keineswegs als „cautio, quae indiscrete loquitur," zu gelten hat.

Ich glaube, im Bisherigen die einzige Auslegung unserer Stelle gegeben zu haben, die dem Wortlaute und dem Zusammenhange derselben mit den vorhergehenden Paragraphen entspricht. Auch muß ich behaupten, daß die derselben zu Grunde liegende Distinction zwischen zwei Arten von cautiones der condictio indebiti gegenüber an sich nicht so völlig widersinnig ist, wie Bähr sie darstellt[24]), der sich folgeweise genöthigt geglaubt hat, für die Erklärung der l. 25, §. 4 ganz den Standpunct der condictio indebiti zu verlassen. Nach ihm entspielte nämlich jede condictio indebiti auch der cautio indiscreta gegenüber das Zugeständniß, daß bei Ausstellung derselben mündlich dieselbe Anerkennung des Vorhandenseins der causa abgegeben sei, welche in dem andern Falle als in die Urkunde selbst aufgenommen unterstellt wird, und wäre es nicht abzusehen, warum hier der Promissor an seine confessio gebunden sein solle, während dort der Stipulator den Beweis seiner Forderung führen müsse. Zunächst wäre hiergegen einzuwenden, daß, wenn wirklich, wer die condictio indebiti anstellt, damit zugestände, daß er früher ein mündliches (richtiger doch wohl nur stillschweigendes?) Geständniß über die Existenz der Schuld abgegeben habe, in unserer Stelle keine Bestimmung zu finden ist, welche den Gegner verhinderte, sich dieses zugestandenen Geständnisses zu seinem Beweise zu bedienen. Jedoch ist diese Vertheidigung entbehrlich, da es ganz falsch ist, daß Einer, der eine Schuld zahlt

[23]) Wie ein solcher Fall nach den Grundsätzen des heutigen Obligationenrechtes juristisch aufzufassen ist, wird weiter unten (§. 11, Anm. 35) zur Sprache kommen.

[24]) A. a. O. S. 142 f.

oder zum Behufe der Novation oder Bestärkung promittiert, damit die Schuld in demselben Sinne anerkennt, wie Derjenige, welcher ein speciell hierauf gerichtetes Geständniß ablegt. Nur der letztere hat den zu einem eigentlichen außergerichtlichen Geständnisse unentbehrlichen animus confitendi, das Bewußtsein und den Willen, dem Andern damit ein Beweismittel zu verschaffen; wer aber zahlt, kann diesen Willen schon deshalb gar nicht haben, weil mit der Zahlung die Sache völlig erledigt ist, der bisherige Gläubiger also gar kein Beweismittel mehr braucht: und eben so steht es mit einer (novierenden oder accessorischen) Stipulation, welche als Formalact dem Gläubiger ein neues, selbständiges Forderungsrecht schafft und daher der Zahlung ganz gleich steht. Freilich, da Bähr von dem irrigen Satze ausgeht, daß bei den condictiones sine causa grundsätzlich der Beklagte die objective Existenz der causa zu erweisen habe[25]), so ist nach ihm eigentlich die Sache mit der Zahlung nicht erledigt, und daß bei der condictio indebiti regelmäßig der Beweis doch dem Condicenten obliegt, erklärt er eben erst aus der mit der Zahlung angeblich verbundenen „echten Anerkennung."[26]) Mit jenem irrigen Satze fällt aber zugleich sowohl die Nothwendigkeit, als auch die Möglichkeit der von Bähr für die angebliche Ausnahme gegebenen Erklärung hinweg. Da aber diese Erklärung außerdem auch erklären soll, weshalb zum Klaggrunde der condictio indebiti ein entschuldbarer Irrthum gehört, so ist beiläufig noch zu zeigen, daß sie auch in dieser Richtung Nichts leistet. Nur der rechtliche Wille könne einer Entschuldigung mittelst Irrthums bedürftig und fähig erscheinen, sagt Bähr; und nur in der „echten Anerkennung" könne eben der Willensact gefunden werden, der in diesem concreten Falle entschuldigt werden solle. Gegen den erstern, übrigens sehr mystisch klingenden Satz hat schon Arndts bemerkt, daß bei der condictio indebiti nicht von einer Entschuldigung, die für irgend Etwas außer dem Irrthum gesucht würde, sondern nur von einer Entschuldigung des Irrthums selbst die Rede ist. Sodann aber giebt Bähr nicht den geringsten Grund an, welcher das Erforderniß des entschuldbaren Irrthumes für die Anfechtung des Willensactes der Anerkennung leichter erklärlich machte,

---

[25]) Vgl. §. 3, Anm. 14.

[26]) A. a. O. §§. 19—23, S. 68 ff. — Viele treffende Bemerkungen gegen Bähr's Darstellung finden sich bei Arndts a. a. O. S. 224—230, dem Unger, Inhaberpapiere, S. 100, beistimmt.

als für die Anfechtung der Eigenthumsübertragung selbst, die doch jedenfalls auch an sich schon ein Willensact ist; also gerade wo die Erklärung erst anfangen sollte, ist sie zu Ende, nachdem sie nur das zu erklärende Problem verändert hat.[27])

Die Wahrheit ist, daß der Zahlende nur eine von Bähr sogenannte „unechte Anerkennung" der Schuld vornimmt, ein Geständniß im uneigentlichen Sinne ablegt. Unter diesen sehr vagen Begriff fallen nämlich alle Aeußerungen und Handlungen, welche entweder die Gewißheit, oder nur eine größere oder geringere Wahrscheinlichkeit, eine sogenannte praesumptio hominis s. facti, dafür ergeben, daß der Aeußernde oder Handelnde eine ihm rechtlich nachtheilige Thatsache für wahr halte. Für die frühere Ansicht des Zahlenden, daß er sicher, oder wenigstens wahrscheinlich schuldig sei, ergiebt nun die Zahlung (im wahren Sinne) allerdings eine vollständige Gewißheit; denn war er vom Gegentheil überzeugt, so hat er eben in Wahrheit nicht gezahlt, sondern geschenkt. In diesem Sinne sagt Trypho-ninus in l. 64 D. de cond. ind. 12, 6 von Einem, der eine Schuld gezahlt hat, mit Recht: „agnovit debitum."[28]) Eine solche Anerkennung macht aber nie, wie ein animo confitendi abgelegtes Geständniß, vollen Beweis für die Wirklichkeit der Schuld; so weit aber ihre Bedeutung für den Beweis nach der Individualität des einzeln Falles reicht, ist der Stipulator durch die l. 25, §. 4 nach meiner Auslegung nie verhindert, davon Gebrauch zu machen.

Wenn hiermit Bähr's Einwendung gegen die Beziehung der l. 25, §. 4 auf die condictio indebiti beseitigt ist, so erscheint seine eigne Erklärung der Stelle[29]) vor Allem eben schon darum verwerflich, weil sie den Boden der condictio indebiti verläßt, von welcher doch die Stelle nach ihrem Wortlaute offenbar handelt. Statt dessen bezieht er dieselbe auf den Fall, wo der Aussteller der cautio zum Zwecke ihrer Anfechtung behauptet, die Stipulation sei als Gegenleistung „für eine bestimmte materielle causa" — diese Worte sollen eben den Fall ausschließen, wo eine schon bestehende Obligation dadurch noviert oder bestärkt ist —, namentlich für einen der Stipulationssumme entsprechenden Geldbetrag, abgeschlossen, und der In-

[27]) Ich werde in der zweiten Abhandlung Veranlassung haben, auf diese Voraussetzung der condictio indebiti zurück zu kommen.

[28]) Dies ist der einzige Quellenbeleg, den Bähr für seine Auffassung anführt.

[29]) A. a. O. S. 143 f.

haber Dieses zugesteht, aber ferner behauptet, „das Geld sei allerdings gezahlt, indem eine bestehende Schuld darauf in Anrechnung gekommen." Das Gezwungene dieser Erklärung, welche Dinge in die Stelle hineinträgt, von denen sie nicht die leiseste Andeutung enthält, liegt auf der Hand[30]); insbesondere ist sie aber auch deshalb unmöglich, weil es, wie sich in der zweiten Abhandlung zeigen wird, eine Anfechtung von so unbestimmter Richtung, welche dahin gestellt sein läßt, ob die Stipulation in irrthümlicher Voraussetzung einer vermeintlich geschehenen, oder in Erwartung einer zukünftigen Geldzahlung stattgefunden habe, überhaupt nicht giebt.

Dagegen ist nun allerdings gegen meine Auslegung einzuwenden, daß, wenn sich auch die besprochenen beiden Arten von cautiones in Bezug auf die damit verbundene Anerkennung der condictio indebiti gegenüber keineswegs gleich verhalten, doch die darauf begründete Unterscheidung hinsichtlich der Beweislast nichtsdestoweniger jedes inneren Haltes entbehrt, und daß es namentlich verkehrt ist, in irgend einem Falle dem Promissor den Beweis der objectiven Nichtexistenz der vorausgesetzten Schuld abzunehmen. Ich halte es aber auch, wie schon angedeutet, für ganz unzweifelhaft, daß der ganze §. 4 dem Paulus völlig fremd, und ein klägliches Machwerk der Compilatoren ist.

Daß wir in der l. 25 cit. im Allgemeinen in erheblichem Umfange die Hand der Compilatoren erblicken müssen, darf heutzutage wohl als die herrschende Ansicht bezeichnet werden.[31]) In der That

---

[30]) Dabei muß Bähr noch obendrein, um nicht dennoch mit der bei der condictio indebiti grundsätzlich geltenden Beweisvertheilung in Widerstreit zu gerathen, unter dem „debitum esse" nicht den objectiven Bestand, sondern die subjective Voraussetzung der Schuld, welche in der angeblich geschehenen Anrechnung derselben auf die zu zahlende Geldsumme liegen würde, verstehen!

[31]) Vereinzelte Stimmen erheben sich allerdings wohl dagegen: so thut z. B. Helmolt, Verhältniß der Exceptionen zur Beweislast, S. 253, den Ausspruch: „die ganze Stelle ist ächt, wie schon ihre Totalität zur Genüge beweist". Dernburg a. a. O. S. 502 f., ereifert sich sogar gegen Bähr, weil dieser a. a. O. §§. 22. 23 einen großen Theil der l. 25 für interpoliert erklärt, und charakterisiert diesen Weg, eine Theorie „quellenmäßig" zu begründen, als „Phantasiegebilde". Doch würde dann derselbe Tadel auch Cujacius treffen (vgl. z. B. Obs. 21, 26), so wie Savigny (Obl.-R. Bd. 2, S. 265), Bethmann-Hollweg (Versuche, No. 4, S. 290, Anm. 90), Cropp (jurist. Abh. Bd. 1, No. 18, S. 350), Gneist (a. a. O. S. 205 f.), Windscheid (a. a. O. S. 199 ff.), Rudorff (zu Puchta's

wird jeden mit der Latinität der classischen Juristen Vertrauten die Lesung der Stelle so sehr von der Unmöglichkeit überzeugen, in dem größten Theile derselben einen andern Stil, als den spätkaiserlichen zu erkennen, daß er sich der vergeblichen Mühe überhoben glauben wird, nach einer Begründung der darin enthaltenen Entscheidungen im Geiste der classischen Jurisprudenz zu suchen, und daß er vielmehr in dem Inhalte nur noch einen neuen Grund für die Annahme einer durchgreifenden Interpolation finden wird. Was den Umfang dieser Interpolation anlangt, so hat nach meiner Ansicht Windscheid so ziemlich das Richtige getroffen.[32]) Die Stelle mag ursprünglich einfach so gelautet haben: „Quum de indebito quaeritur, praesumptionem videlicet pro eo esse, qui accepit, nemo dubitat; qui enim solvit, nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias iactet et indebitas effundat.“[33]) Die äußern Gründe, welche die übrigen Theile des Fragmentes verdächtigen, bestehen im Allgemeinen in der breiten, wortreichen, unbeholfenen Schreibart, in der beispiellosen Häufung von sprachlichen Unarten, über deren vereinzeltes Auftreten bei einem classischen Juristen man sich wohl nicht gerade verwundern würde, wie der beständigen Construction von probare mit quod statt mit dem Acc. c. Inf., dem Gebrauche des Plurals („pecunias,“ „probationes,“ „causas“), wo der Singular ausreichen würde[34]), den unaufhörlichen absolut stehenden Infinitiven, endlich in mehreren argen Verstößen gegen die Logik. Was den Inhalt betrifft, so hat Bähr aus demselben die Unechtheit des §. 1, soweit er nicht vom pupillus handelt, und der §§. 2 u. 3 überzeugend dargethan. Der §. 3 ist freilich nicht unverständig; aber die positive Beweisvor-

Pandekten, §. 257, Note h), Vangerow (Pandekten, 6. Aufl. Bd. 3, §. 625, Anm. 2, S. 417) und viele Andere.

[32]) Nach Cujacius könnten gar höchstens die Eingangsworte: „quum de indebito quaeritur, quis probare debet“, von Paulus herrühren.

[33]) Ist Dies richtig, so ist die Stelle auch nicht mehr brauchbar, um die oben (§. 3, Anm. 14) verworfene Ansicht, als ob nur wegen einer Präsumption dem Condicenten der Beweis der Nichtschuld auferlegt werden müsse, auf Paulus' Auctorität zu stützen. Denn in dieser Gestalt würde die Stelle vielmehr auf den Beweis des subjectiven Momentes bezogen werden können: da man nämlich dem Condicenten, wenn einmal die Nichtschuld feststehe, nicht so leicht glaube, daß er wirklich eine Schuld vorausgesetzt habe, so müsse er seinen Irrthum klar darthun.

[34]) Dagegen hat gerade in dem von mir für echt erklärten Theile der Plural „suas pecunias“ seine gute Berechtigung.

schrift über die Eideszuschiebung mit Calumnieneid würde mindestens in so gesetzgeberischer Form gewiß nicht aus der Feder des Paulus geflossen sein.[35]) Dagegen ist der Inhalt der §§. 1 und 2 geradezu widersinnig. Der erstere überhebt die Minderjährigen, die Weiber, die Soldaten, die Bauern, und sogar die Einfältigen und Lässigen[36]) des Beweises der Nichtschuld, giebt ihnen also mit andern Worten das Privileg, daß ein Stück ihres Klaggrundes präsumiert werden soll.[37]) Der §. 2 aber fügt dann nur wieder Unterausnahmen hinzu, von denen übrigens die auf die partielle Anfechtung einer geschehenen Zahlung bezügliche auch an sich schon gänzlich abgeschmackt ist.[38]) Ich glaube nun aber, daß Bähr noch nicht weit genug gegangen ist. Schon der Eingang: „quum de indebito quaeritur, quis probare debet, non fuisse debitum," ist so unlogisch, daß man an Paulus' Urheberschaft nicht glauben kann; denn wenn der Empfänger beweisen muß, so ist sein Beweisthema nicht die Nichtschuld,

---

[35]) Savigny, System, Bd. 7, S. 80, ist freilich in Bezug auf diesen Paragraphen ganz anderer Ansicht, und benutzt ihn sogar als Beleg dafür, daß schon vor dem iudex des Formularprocesses die Eideszuschiebung Beweismittel gewesen sei. Aber wenn er auch mit der letztern Behauptung Recht haben mag, so konnte es doch keinem classischen Juristen einfallen, so feste Formvorschriften für die Entscheidung des iudex aufzustellen, wie hier die über den Calumnieneid. Und was die Sprache betrifft, so genügt es, hinzuweisen auf den ganzen Bau des Schlußsatzes: „ut iudex — servando", so wie speciell auf das Wort religio für Eid, welches in dieser Bedeutung unerhört ist, so oft auch von „iurisiurandi religio" u. dgl. die Rede sein mag. Uebrigens scheint Savigny seine Ansicht geändert zu haben; vgl. obiges Citat mit dem in Anm. 31.

[36]) Hier findet sich der abgeschmackte Ausdruck „simplicitate gaudens"! — Schon mehrfach ist bemerkt worden, daß Cujacius (Obs. 21, 26) doch wohl den Mönchen Unrecht thut, wenn er meint, daß hier nur sie geschildert sein könnten. Zum Beweise möchte die l. 26 C. de decur. 10, 31, wo von „ignaviae sectatores" die Rede ist, die sich „specie religionis" den Mönchen anschließen, schwerlich ausreichen. Auch führt der Scholiast Theodoros, auf den sich Cujacius beruft, den Mönch nur beispielsweise an („τυχὸν μοναχός", „forte monachus").

[37]) Unter diesem Gesichtspuncte erledigt sich Arndts' (a. a. O. S. 229) Vertheidigung der fraglichen Bestimmung. Selbst in Beziehung auf den größten Dummkopf wäre doch die positive Präsumption unhaltbar, daß er, wenn er eine Schuld zu zahlen meine, sich vermuthlich irre!

[38]) Sprachlich kann hier unmöglich von Paulus herrühren insbesondere der Indicativ in oratione obliqua („queritur, quod — est" etc.) und das „eius pecunias dependit" für „suas pec. dep."

sondern die Schuld.[39]) Die Worte: „quum de indebito quaeritur“ würden in dem oben angedeuteten Zusammenhange auch zur Bezeichnung des zu erörternden Gegenstandes völlig ausreichen. Dagegen würde sich die Einschiebung jener weitern Worte leicht erklären, wenn ich Recht habe, die ganze erste Hälfte des princ. den Compilatoren zuzuschreiben.[40]) Der Satz nämlich, daß durch Leugnen der Zahlung der Empfänger sich immer die Beweislast in Betreff der Schuld zuziehen soll, läßt sich zwar hören, ist aber doch eine ganz positive Abweichung von dem allgemeinen Beweisrechte, die zur Zeit des classischen Processes sich kaum ein Gesetzgeber, und gewiß nicht ein Jurist in einem wissenschaftlichen Werke vorzuschreiben erlaubt hätte.[41]) Ein Anderes wäre es schon, wenn das anfängliche Ableugnen der Zahlung nur als ein Indicium für die Nichtexistenz der Schuld bezeichnet wäre, was es häufig sein mag.

Ebenso unhaltbar scheint mir der Schluß des princ. von et maxime an zu sein.[42]) Nachdem so eben das irrthümliche Zahlen eines indebitum für etwas unglaublich Fahrlässiges erklärt ist („nunquam ita resupinus est“ etc.), wirkt die besondere Hervorhebung der sehr sorgsamen Leute nicht bekräftigend, wie in dem et maxime

---

[39]) In einem indirecten Fragesatze würde Paulus auch nicht debet, sondern debeat geschrieben haben; doch wird allerdings in vielen Ausgaben die Frage direct genommen, also hinter debitum ein Fragezeichen gesetzt.

[40]) Windscheid ist über diesen Punct zweifelhaft.

[41]) Die von Bähr angeführte l. ult. D. de R. V. 6, 1 redet nicht von einem analogen beweisrechtlichen Satze, sondern von dem Satze des materiellen Rechtes, daß der leugnende Besitzer einer Sache, die ein Anderer als angeblicher Eigenthümer in Anspruch nimmt, wenn er des Besitzes überführt ist, sie nun sofort dem Vindicanten herausgeben muß: was denn mittelbar allerdings eine Aenderung der Beweislast zur Folge hat, wenn nun etwa der bisherige Besitzer den Eigenthumsstreit aufnimmt. Eben so gehört dem materiellen Rechte an die von Dernburg a. a. O. S. 501 angezogene Bestimmung der l. 67, §. 3 D. pro soc. 17, 2, daß das beneficium competentiae nur dem das Societätsverhältniß zugestehenden Socius zu Gute komme. Der Satz, den derselbe aus dieser Stelle und Nov. 18, c. 8 abstrahiert, daß man sich nach Römischer Proceßpolitik (?) nicht auf eine Thatsache habe stützen dürfen, die man anfänglich leugnete, möchte überhaupt schwerlich zu erweisen sein. — Sprachlich verdächtig ist in unserer Stelle insbesondere die Bezeichnung der Beweismittel als „legitimae“, ohne daß doch an eine alte lex dabei zu denken wäre, so wie die gräcisierende Wendung: „probationibus — approbaverit“.

[42]) Diesen Theil der Stelle hält auch Windscheid noch aufrecht.

angedeutet ist, sondern gerade abschwächend. Freilich haben Windscheid und Bähr angenommen, die Compilatoren seien eben durch diesen Zusatz verleitet worden, die Fälle, wo er nach ihrer Meinung nicht zutraf, in §. 1 im entgegengesetzten Sinne zu entscheiden. Aber viel wahrscheinlicher ist doch, daß gerade die Compilatoren den Zusatz gemacht haben, um den sonst mit ihren Ausnahmen ganz unvereinbaren Ausspruch des Paulus abzuschwächen. Auch ist in der Sprache manches Bedenkliche: studiosus für sorgsam mag freilich einmal bei Cicero vorkommen, ist doch aber als juristische Bezeichnung des diligens paterfamilias sonst unerhört; im Schlußsatze aber ist der Plural probationes, der hier nicht, wie oben in der Verbindung „ad probationes praestandas“ und bei Ulp. l. 18, pr. h. t. („probationes — exiguntur“), Beweismittel bedeuten kann, ganz unerträglich.

Endlich weiche ich auch in Bezug auf §. 1 darin von Bähr ab, daß nach meiner Meinung auch die Erwähnung des Pupillen nicht zu retten ist. Der Nachsatz: „tunc eum, qui accepit pecunias“ etc. nämlich, der sich auf den Pupillen mitbezieht, kann ebenfalls schwerlich von Paulus herrühren, wegen der durch den Wechsel des Subjectes incorrecten, unbeholfenen und schwülstigen Wendung: „ostendere bene eas accepisse, et debitas ei fuisse solutas.“ Damit stimmt denn auch, daß die Erwähnung des Unmündigen in der That nicht verständiger ist, als die des Minderjährigen oder der Frau. Wenn man mit Bähr an eine nicht tutore auctore vorgenommene Zahlung denken wollte, so würde es sich gar nicht um eine condictio indebiti, sondern nur um eine andere condictio sine causa handeln können, auch die condictio sine causa durch das Hingeben allein noch gar nicht fundiert sein, sondern erst durch die Consumption des Hingegebenen.[43]) Abgesehen von diesen doch sehr erheblichen Bedenken, würde freilich die Entscheidung über die Beweislast innerlich richtig sein; aber was kann uns denn überhaupt berechtigen, beim Pupillen plötzlich, statt an jede Zahlung, nur an eine ohne Tutor vorgenommene, die noch dazu streng genommen gar keine Zahlung ist, zu denken?

Steht es so mit der Echtheit der ersten Paragraphen, so werden wir um so weniger Bedenken tragen, aus innern und äußern Grün-

[43]) Ulp. l. 29 D. de cond. ind. 12, 6.

den auch den §. 4 dem Paulus abzusprechen. Doch hat Gneist[44]) gerade diesen für im Ganzen unverfälscht erklärt, und Bähr[45]) ist geneigt, ihm darin beizustimmen. Eine Interpolation erkennt jedoch auch Gneist hier als möglich an, nämlich die Beschränkung auf schriftliche Beweismittel.[46]) Daß diese jedenfalls eingeschoben ist, kann auch am wenigsten einem Zweifel unterliegen. Von solchen Beschränkungen wußte das classische Beweisrecht Nichts, und wenn es in vielen Büchern für einen allgemeinen Satz des Römischen Rechtes ausgegeben wird, daß Gegenbeweis gegen Urkundenbeweis nur durch Urkunden geführt werden könne, so ist Dies ganz irrig, davon zu geschweigen, daß in unserem Falle eigentlich nicht von einem Gegen-, sondern von einem Hauptbeweise die Rede ist. Die restituierte l. 1 C. de test. 4, 20, welche nach ihrer Stellung in den Basiliken aus der classischen Zeit herrühren muß, reicht doch in ihrer unklaren Fassung:

„*Κατὰ ἐγγράφου μαρτυρίας ἄγραφος μαρτυρία οὐ προσφέρεται*"; „contra scriptum testimonium non scriptum testimonium haud profertur",

sicher nicht aus, um jenen willkürlichen, mit Stellen wie l. 3, §. 2 D. de test. 22, 5, und ganz speciell noch mit Constantinus' l. 15 C. de fide instr. 4, 21 in Widerspruch stehenden Rechtssatz zu erweisen.[47])

---

[44]) A. a. O. S. 206—209. — Ganz werthlos ist natürlich Gneist's Argument, daß doch einiges Echte in der Stelle sein müsse. Warum denn gerade §. 4? — Wie übrigens die Compilatoren unter Umständen mit den alten Juristen umgesprungen sind, zeigt z. B. l. 1 D. de leg. I. 30, wo sie den Ulpianus sagen lassen: „Per omnia exaequata sunt legata fideicommissis".

[45]) A. a. O. S. 141.

[46]) Entschieden erklärt dieselbe für ein emblema Triboniani Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 291, Anm. 90.

[47]) Die Basiliken (21, 1, 25) fügen noch hinzu: „*τοῦτο δὲ νόησον μὴ ὅτι μαρτυρίαι ἔγγραφοι χωρὶς μαρτύρων προσφέρονται· τότε γὰρ ἡ ἄγραφος φωνὴ τῶν νῦν παραγομένων μαρτύρων ἐστὶν εὐπιστοτέρα· ἀλλ' ὅτε καθ' ἑτέρων τινῶν ἐγγράφων δικαιωμάτων ἄγραφοι προσφέρονται μαρτυρίαι, ὡς δείκνυσι τὸ μβ'. κεφάλαιον τοῦ παρόντος τιτ.*" Das Letzte, die Beziehung auf die Justinianische l. 18 C. de test. über den Beweis der Zahlung, ist natürlich historisch, und selbst dogmatisch falsch, da der letztere Beweis eben kein eigentlicher Gegenbeweis ist. Jedenfalls spricht die Stelle nicht von Beweisurkunden im Allgemeinen, sondern von „schriftlichen Zeugnissen", und der Sinn wird wahrscheinlich der sein, daß, wenn eine (von Zeugen mitunterschriebene) Vertragsurkunde (darauf deutet der Ausdruck *δικαιωμάτων*, bei Harmenop. 1, 6, 57 an der entsprechen-

Aber auch für die Unechtheit des §. 4 im Ganzen und Großen sprechen wo möglich noch nachdrücklichere Gründe, als für die der frühern Paragraphen: und zwar vor Allem die darin enthaltenen Rechtssätze selbst, welche, während man sie einem Juristen wie Paulus unmöglich zutrauen kann, im Munde der Compilatoren ihre Erklärung in einer ungeschickten Nachbildung von Justinus' l. 13 C. de non n. p. 4, 30 finden, an welche der Wortlaut unserer Stelle durchaus erinnert. Ferner führe ich an den schon oben berührten logischen Verstoß, daß nicht die zwei unterschiedenen Fälle coordiniert, sondern der zweite als Ausnahme des ersten eingeführt ist, so wie die Erwähnung der cautio, der Stipulationsurkunde, während wissenschaftliche Präcision verlangt hätte, wie es die classischen Juristen sonst stäts thun, dem indebite solutum das indebite promissum überhaupt gegenüber zu stellen, also auch die bloß mündlich geschlossene Stipulation, für die es nun an einer ausdrücklichen Entscheidung gänzlich fehlt.[48]) Diese innern Gründe würden entscheidend für die Interpolation sein, selbst wenn, wie Gneist meint, die Sprache des §. 4 mit der der classischen Jurisprudenz übereinstimmte. Dies ist jedoch eben so wenig der Fall. Gneist's Nachweis geht in der That nur dahin, daß die Sprache der l. 13 C. cit. noch schlechter sei: was mir zu bestreiten nicht einfällt.[49]) Doch wird Einzeles, was Gneist

---

den Stelle συμβολαίου), deren Echtheit feststeht, dem Richter vorliegt, damit der darin enthaltene Vertrag durch den Augenschein erwiesen, und also kein directer Gegenbeweis durch Zeugen (auch nicht durch andere Beweismittel) dagegen möglich ist. Aehnlich Paul. R. S. 5, 15, 4: „Testes, quum de fide tabularum nihil dicitur, adversus scripturam interrogari non possunt". — In l. 3 C. si min. se mai. 2, 43 findet sich zwar für einen bestimmten Fall eine ähnliche Beschränkung in den Beweismitteln angeordnet, wie in der l. 25, §. 4 cit.; aber diese l. 3 stammt auch schon aus der Zeit des Ueberganges zur mechanisch-willkürlichen Kaisergesetzgebung, nämlich von Diocletianus und Maximianus.

[48]) Möglich wäre es, daß Paulus an den oben festgestellten echten Text etwa noch folgende Bemerkung angeschlossen hatte: „idem dicendum, et si cautio indebite exposita esse dicatur", und so die Compilatoren zu ihrer weitern Ausführung veranlaßt sind. Hier aber, wo also nicht distinguiert, sondern wie billig alle Fälle der condictio indebiti gleich behandelt werden sollten, wäre die vereinzelte Hervorhebung des praktisch besonders häufigen Falles der Stipulationsurkunde wohl begreiflich.

[49]) Schmidt von Ilmenau, in den Krit. Jahrb. Bd. 21, S. 31 f., macht gegen Gneist darauf aufmerksam, daß die Interpolationen in der Regel nicht den Schwulst des officiellen kaiserlichen Stiles erreichen.

hierüber beibringt, schwerlich zu rechtfertigen sein, z. B. daß is, in quem cautio exposita est gerade die den classischen Juristen eigne Umschreibung sei, im Gegensatze des in l. 13 C. cit. gebrauchten stipulator; ich wenigstens muß bezweifeln, daß jene Umschreibung sonst bei classischen Juristen vorkommt, während stipulator ihnen ein ganz gangbarer Ausdruck ist, wofür ich statt vieler Stellen nur G. 3, 100. Paul. l. 2, §§. 2. 6. l. 4, pr. §. 2 D. de V. O. 45, 1. Ulp. l. 41, §. 1 eod. l. 26, §. 14 D. de cond. ind. 12, 6 anführen will. Außerdem aber ist die Hand der Compilatoren wahrzunehmen in dem widersinnigen Plural causas (vgl. Note 13), in dem zusammenhangslosen Infinitiv compelli, in dem indiscrete[50]), und nicht am wenigsten in den gebrauchten Pronomina. Sese für se gehört freilich der besten Zeit der Lateinischen Sprache an; ich möchte aber behaupten, daß es sich bei classischen Juristen nie findet, während es in den spätern Kaiserconstitutionen sehr gebräuchlich ist. Ganz verwerflich ist vollends der Gebrauch von eandem für eam[51]), welcher bei den classischen Juristen wohl beispiellos sein möchte.

Das Endergebniß ist demnach folgendes: die l. 25, §. 4 handelt nicht von einer allgemeinen condictio sine causa und exceptio doli, welche dem Stipulator ohne Weiteres den Beweis irgend eines Rechtsgrundes aufbürdeten, sondern von der condictio indebiti und der entsprechenden exceptio; sie setzt dabei voraus, daß zunächst der Promissor nachweise, daß wirklich eine bestehende Obligation als causa gewollt sei, und giebt Vorschriften über den Beweis des objectiven Bestandes derselben, durch welche die Natur der Stipulation als Formalcontractes nicht berührt wird; diese Vorschriften sind übrigens innerlich nicht zu rechtfertigen, erklären sich aber aus einer Interpolation nach l. 13 C. de non n. p.

Was nun endlich diese l. 13 selbst betrifft, so glaube ich, daß sie dennoch einen andern Inhalt hat, als die l. 25, §. 4, den ich aber genau erst in der zweiten Abhandlung bestimmen kann. Hier kommt es nur auf den Nachweis an, daß auch sie den Gneist'schen Rechtssatz nicht enthält. Justinus verordnet in derselben:

---

[50]) Indiscrete kommt für promiscue vor bei Plin. Hist. nat. 11, 37, 65: „indiscrete editur avium et animalium vocis imitatio". Aber die ungeschickte Zusammenstellung: „indiscrete loqui", „ohne einen Unterschied anzugeben, (d. h. also unbestimmt) reden", ist sonst unerhört.

[51]) Vgl. Gryfar, Theorie des Lat. Stils, S. 59.

„Generaliter sancimus, ut, si quid scriptis cautum fuerit pro quibuscunque pecuniis ex antecedente causa descendentibus, eamque causam specialiter promissor edixerit, non iam ei licentia sit causae probationes stipulatorem exigere, quum suis[52]) acquiescere debeat, nisi certe ipse e contrario per apertissima rerum argumenta scriptis inserta religionem iudicis possit instruere, quod in alium quemquam modum, et non in eum, quem cautio perhibet, negotium subsecutum sit. Nimis enim indignum esse iudicamus, ut, quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eundem casum infirmaret testimonioque proprio resisteret".

Nach Gneist (S. 208) ist darin Dasselbe vorgeschrieben, was nach ihm Paulus in l. 25, §. 4 cit. aufgestellt hat, nur mit der durch das inzwischen ausgebildete Recht der querela non numeratae pecuniae nöthig gemachten Abweichung, daß nur ein auf eine „antecedens causa" gerichtetes Geständniß gegen den Promissor[53]) beweise. Es läßt sich aber leicht zeigen, daß eine solche Auslegung der l. 13 zu einer Absurdität führen würde. Der Sinn derselben ist offenbar: „wenn eine Stipulationsurkunde mit Bekenntniß des Ausstellers über eine antecedens causa vorliegt, so soll der letztere regelmäßig keine Freiheit haben, noch einen weitern Beweis über die causa vom Stipulator zu verlangen". Zugleich ist klar, daß der Kaiser damit nicht bloß einen bestehenden Rechtssatz aussprechen, sondern entweder neues Recht einführen, oder doch wenigstens einer widerstreitenden Praxis entgegentreten wollte; der Beweis hierfür liegt in dem „non iam" („nicht mehr") und in dem Schlußsatze, wo unverkennbar ein bisher bestehender entgegengesetzter Rechtszustand für unerträglich erklärt wird. Wenn man nun davon ausginge, daß es sich hier einfach um den principaliter vom Stipulator zu erbringenden Nachweis irgend einer causa handle, so müßte man also annehmen, daß bis auf diese Verordnung ein ausdrückliches schriftliches Bekenntniß des Promissors über eine antecedens causa entweder rechtlich Nichts bewies, oder wenigstens von den Gerichten gewöhnlich als unbeweisend betrachtet wurde, was beides schon an sich undenkbar ist, und zudem für Gneist mit der Existenz der nach ihm

[52]) Das „confessionibus", welches hier gewöhnlich noch eingeschoben wird, ist entschieden ein Glossem; vgl. die Herrmann'sche Ausgabe. Den Sinn giebt es dagegen richtig an.

[53]) Gneist hat S. 207 statt Dessen irrthümlich „stipulator".

ja echten l. 25, §. 4 cit. in den „Quästionen" des Paulus kaum vereinbar sein möchte. In der That macht auch der Umstand, daß die l. 13 cit. im Titel de non numerata pecunia steht, es von vorn herein wahrscheinlich, daß sie sich eben nur auf die exceptio non numeratae pecuniae und die dieser entsprechende condictio sine causa bezieht. Damit stimmt auch Folgendes: wir wissen aus l. 3 und l. 10 C. h. t., daß bei der exceptio non numeratae pecuniae, worin auch immer ihr wahres Wesen bestehen möge, der Kläger einen Beweis über die Auszahlung des Geldes, also bei einer Stipulationsklage einen Beweis hinsichtlich der causa, zu führen hat: wenn nun in unserer l. 13 dem Promissor für gewisse Fälle untersagt wird, einen solchen Beweis vom Stipulator zu verlangen, so soll damit offenbar für diese Fälle die exceptio non numeratae pecuniae ausgeschlossen sein. Man sieht, daß Dies himmelweit von einer Vorschrift über die Wirkung der Stipulationen im Allgemeinen entfernt ist; wie z. B. bei einer Stipulation: „insulam aedificari", „per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat", oder dgl. ohne Weiteres von einem Beweise, „pecuniam esse numeratam", die Rede sein könnte, vermag gewiß Niemand einzusehen: und in der That spricht die l. 13 überhaupt nur von Stipulationsurkunden „pro quibuscunque pecuniis ex antecedente causa descendentibus".

Als unzweifelhaft darf nunmehr ausgesprochen werden, daß das prätorische Recht der Stipulation die Natur des Formalcontractes nicht genommen hat, daß sie vielmehr dieselbe noch im Justinianischen Rechte an sich trägt.

§. 5.

Die übrigen Formalcontracte des classischen Rechtes.

Als Nebenarten des Formalcontractes im classischen Rechte sind schon oben (§. 2) das nomen transcripticium und das receptum der Argentarien genannt.

Was zunächst das nomen transcripticium, den sogenannten ältern (nach der richtigen Ansicht vielmehr einzigen) Literalcontract des Römischen Rechtes, betrifft, so darf nach den Untersuchungen von Savigny[1]) und Keller[2]) über die Form dieser Vertragsart wohl

[1]) Ueber den Literalcontract der Römer; vgl. oben §. 1, Anm. 1. S. auch System des heut. R. R. Bd. 5, S. 527 ff.

[2]) Ein Beitrag zu der Lehre von dem römischen Literal-Contracte, in Sell's Jahrb. Bd. 1, S. 93 ff.

Folgendes als feststehend gelten. Es entstand eine Geldschuld dadurch, daß der Gläubiger[3]) unter Einwilligung des Schuldners in sein Kassabuch[4]) die betreffende Summe als dem Schuldner gleichsam als Darlehen gezahlt eintrug (expensum ferre, expensilatio). Dies setzte natürlich voraus, daß er, um kein falsches Saldo zu erhalten, gleichzeitig denselben Betrag als vorher eingegangen in das Buch eintrug, z. B. als Zahlung einer frühern Kaufschuld desselben oder eines andern Schuldners. Aus diesem Ueberschreiben von der Einnahme- auf die Ausgabeseite erklärt sich die Bezeichnung nomen transcripticium. Dieses nomen unterscheidet sich dadurch auch in seiner äußern Erscheinung im Buche von dem nomen arcarium, welches in der Eintragung einer Summe als ausgegebener bestand, die wirklich aus der Kasse (ex arca) entnommen war. Letzteres giebt sich nur als Registrierung eines wirklichen Darlehens, und ist daher möglicher Weise Beweismittel für ein solches; ersteres dient, da das Römische Civilrecht die obligierende Kraft, welche es dem formlosen Vertrage regelmäßig versagt, der Expensilation beigelegt hat, zur Verwirklichung der Uebereinkunft, so haften zu wollen, als ob man ein Darlehen erhalten hätte. Hier ist also wirklich ein Darlehen stäts die fingierte causa des obligatorischen Vertrages, und mit der Form der Eintragung ins Kassabuch ist zugleich die Beschränkung dieser Vertragsart auf die Begründung von Geldschulden gegeben.

Ich kann es mit Keller[5]) hier dahin gestellt sein lassen, ob, wie durch Expensilation von Seiten des Gläubigers, so auch durch Acceptilation im Kassabuche des Schuldners eine Literalobligation entstand, obwohl Dies namentlich wegen Cic. pro Rosc. Com. 4 u. 5 unwahrscheinlich ist, wo nur Adnumeration, Expensilation und Stipulation als Begründungsarten der actio certae creditae pecuniae aufgezählt werden. Auch die Frage, ob die Einwilligung des Schuldners in die Expensilation in jeder Form erklärt werden konnte, oder ob eine bestimmte Form seiner Mitwirkung erforderlich war, insbe-

---

[3]) D. h. Derjenige, der durch den Vertrag Gläubiger werden sollte.

[4]) Codex accepti et expensi. — Verschieden hiervon ist der Begriff der rationes argentariorum, worunter einmal sämmtliche Geschäftsbücher der Argentarien, unter denen natürlich auch ein Kassabuch war, zu verstehen sind, und sodann insbesondere die von ihnen über die Geschäftsverbindung mit ihren einzeln Kunden geführten Contocouranten.

[5]) A. a. O. S. 111.

sondere welcher Werth der Schilderung, welche Theophilos (ad tit. I. de lit. obl. 3, 21) vom alten Literalcontracte entwirft, beizumessen ist, mag noch immer als zweifelhaft gelten.

Es fragt sich nun aber noch, ob der alte Literalcontract wirklich formale obligierende Kraft gehabt habe, wie die Stipulation, oder seine Wirkungen nur unter Berücksichtigung des materiellen Rechtsgrundes festzustellen gewesen seien. Das Letztere behaupten natürlich Diejenigen, welche in dem nomen transcripticium überhaupt nur eine Form für einen bestimmten materiell individualisierten Vertrag, nämlich den Novationsvertrag, sehen, und jedes zu anderm Zwecke gemachte nomen transcripticium für ungültig erklären.[6]) Dagegen wird man, wenn man einmal auch z. B. eine zum Vollzuge einer Schenkung, oder ob causam futuram geschehene Expensilation anerkennt, gewiß das nomen transcripticium für einen unabhängig von der Individualität des Rechtsgrundes wirkenden Vertrag halten müssen, da hier die Fiction einer Geldzahlung als causa an die Stelle der wirklichen in der Form des Geschäftes selbst ausgedrückt ist. Aus eben diesem Grunde glaube ich aber auch mit Savigny[7]), daß die letztere Ansicht die richtige ist; denn da das Recht einmal an eine bestimmte Formhandlung die Fiction eines Darlehens geknüpft hatte, dieses aber für sich schon einen genügenden Rechtsgrund ausmacht, so wäre das Verlangen eines bestimmten weitern Rechtsgrundes so unnatürlich, daß nur die unzweideutigsten Quellenaussprüche uns zu dem Glauben an diesen Rechtssatz bewegen könnten. Solche sind nun aber durchaus nicht vorhanden; daß Gajus (3, 129. 130) nur solche Beispiele anführt, wo das nomen transcripticium zur Novation dienen soll, erklärt sich sehr natürlich daraus, daß Dies allerdings ohne Zweifel die häufigste Anwendung desselben war. Dagegen scheinen mir die von Savigny angeführten Stellen, Cic. ad Att. 4, 18 u. Val. Max. 8, 2, 2, nicht gerade einen zwingenden Beweis für die richtige Ansicht zu enthalten; doch ist es, da ich im Resultate mit ihm übereinstimme, überflüssig, hierauf näher einzugehen.

[6]) Vgl. z. B. Unterholzner, Archiv f. d. civ. Pr. Bd. 7, S. 51 f., Anm. 40. Kraut, de argentariis, pag. 91. Heimbach, Creditum, S. 342 ff.

[7]) Verm. Schriften, Bd. 1, S. 251 ff. — So auch später Unterholzner, Schuldverhältnisse, Th. 1, §. 20, S. 42. Nur die Benutzung dieser Form zu accessorischen Verträgen, welche derselbe dort mit der Novation zusammenstellt, halte ich für bedenklich, eben weil der Expensilation eine Acceptilation auf der andern Seite des Buches entsprechen mußte.

Daß das receptum der Argentarien ein Formalcontract war, ist nach l. 2, pr. C. de const. pec. 4, 18 nicht wohl zu bezweifeln. Denn während es sicher hauptsächlich gedacht war als Versprechen einer schon geschuldeten Leistung, deren Voraussetzung ja beim constitutum, mit dem es zusammengestellt wird, wesentlich war, sagt doch Justinianus in jenem Gesetze ausdrücklich, daß die actio recepticia auch da stattfand, wo dem Versprechen in Wahrheit kein debitum zu Grunde lag. Nur ein Argentarius konnte sich durch diesen Vertrag obligieren[8]); die Obligation konnte aber auf Leistungen aller Art gerichtet sein.[9]) Die actio recepticia scheint nach §. 8 I. de act. 4, 6 dem prätorischen Rechte angehört zu haben.[10]) Daraus würde sich auch die Nichterwähnung dieser Obligation bei Gajus, so wie die Erscheinung erklären, daß in den Quellen die actio in den Vordergrund gestellt, dagegen ein eigner Name für den Vertrag selbst nicht angegeben wird. Schwierig ist die Frage, ob die actio recepticia ein in bestimmter Form gegebenes Versprechen voraussetzte, oder ob ein formloses genügte. Die Form könnte etwa in dem mündlichen oder schriftlichen Gebrauche des Wortes „recipio" („in me recipio") bestanden haben.[11]) Doch scheint die Analogie der formlosen recepta der Wirthe und Schiffer und der Schiedsmänner dagegen zu sprechen, desgleichen die Zusammenstellung mit dem gewöhnlichen constitutum: des Theophilos Auffassung ist geradezu diese: aus dem constitutum eines Argentarius entsprang die actio recepticia, aus dem aller übrigen Menschen nur die actio de pecunia constituta. Darnach wäre also jedes einseitige (acceptierte) Versprechen eines Argentarius als Formalcontract behandelt worden, wenn man nicht etwa aus der Zusammen-

[8]) Theoph. 4, 6, 8; vgl. l. 2, pr. C. de const. pec, wo Justinianus, offenbar im Gegensatze zu dieser Beschränkung der actio recepticia, verordnet: „ut liceat omnibus constituere non solum res, quae" etc.

[9]) Theoph. l. c. Damit stimmen auch Justinianus' Aeußerungen in l. 2, pr. cit. u. §. 8 I. de act. 4, 6, er habe den frühern Umfang des receptum auf das constitutum übertragen.

[10]) So auch Puchta Instit. Bd. 3, §. 269, bei Anm. oo. §. 276, bei Anm. d; a. M. Kraut l. c. pag. 110. Walter, Gesch. des R. R. 2. Aufl. Bd. 2, §. 571, S. 215, vgl. mit §. 568. v. d. Pfordten, Abh. No. 3, S. 291.

[11]) Darauf scheinen Stellen wie Cic. Phil. 5, 18. ad Fam. 6, 7. 10, 21. 11, 1. 13, 10 u. 17 hinzudeuten. Dagegen bemerkt Kraut l. c. pag. 109 sq. not. 4 mit Recht, daß bei den „sollemnia verba", von denen Justinianus in l. 2, pr. cit. spricht, wohl nur an die Formel der actio zu denken ist. — Irgend eine Form setzt auch Pfordten a. a. O. voraus.

stellung mit dem Constitutum doch die Formbeschränkung entnehmen zu können meint, daß es sich selbst als Versprechen eines schon Geschuldeten habe ankündigen müssen[12]): was vielleicht unter Anderm herkömmlich auch durch das Wort „recipio" geschehen sein könnte.

Daß die Obligation aus dem nomen transcripticium gerade so, wie die aus der Stipulation, der Anfechtung durch die condictiones sine causa und die entsprechenden Exceptionen ausgesetzt war, kann nicht wohl bezweifelt werden. Dagegen ist Dies in Bezug auf die actio recepticia keineswegs sicher.[13]) Zumal wenn sie wirklich eine prätorische Klage war, so ist einestheils die civilrechtliche Condiction an sich nicht wohl denkbar, und anderntheils auch kaum einzusehen, weshalb der Prätor, wenn er dem materiellen Rechtsgrund doch Einwirkung verstatten wollte, nicht lieber eine bestehende Schuld gleich als Voraussetzung in die Formel der recepticia, wie in die der constitutoria actio gebracht hätte, da praktisch dieses receptum doch offenbar nur zur Bestärkung bestehender Verbindlichkeiten bestimmt war. Man fühlte vielleicht das Bedürfniß, solche Verpflichtungen der Argentarien möglichst inconteſtabel zu machen, und setzte sich daher über die Anforderungen der aequitas hinweg.

§. 6.

Der angebliche neuere Literalcontract.

Für die weitere Entwicklung des Römischen Obligationenrechtes nach der classischen Zeit steht vor Allem so viel ganz fest, daß das nomen transcripticium und das receptum der Argentarien außer Gebrauch kamen.[1]) Zweifelhafter mag es genannt werden, ob nicht im Justinianischen Recht neben der Stipulation ein „neuerer Literalcontract" als zweite Form des Formalcontractes besteht. Es ist sogar für das classische Recht bisweilen behauptet worden, daß schon damals, als neuere Bildung, das chirographum als besondere Contractsart neben dem andern Literalcontracte, dem nomen transcripticium, bestanden habe. Aus dem jetzigen Stande der Streitfrage rechtfertigt

[12]) So scheint sich Puchta a. a. O. die Sache zu denken.

[13]) And. Meinung Reitz ad Theoph. l. c. not. p. Aber was Justinianus in l. 2, pr. cit. von den condictiones sine causa sagt, kann gerade so gut auf die der actio recepticia analogen Fälle im Gegensatze zu dieser, als auf letztere selbst gehen.

[1]) Tit. I. de lit. obl. 3, 21. l. 2, pr. C. de const. pec. 4, 18.

es sich jedoch, diesen Punct höchstens noch für das Justinianische Recht als in irgend einem Grade zweifelhaft zu bezeichnen. Dieser Stand aber ist der folgende.

Namentlich seit der Auffindung des Gajus wollten manche Rechtslehrer einen sogenannten neuern Literalcontract sei es durch einfachen Schuldschein, sei es durch sonstige Vertragsurkunden entstehen lassen. Ueber die formelle Beschaffenheit dieser „chirographa et syngraphae" wurde bisweilen nichts Bestimmtes gelehrt; nur war man (seit der Auffindung des Gajus) darüber einig, daß sie keine Stipulationsclausel enthalten dürften, indem sie sonst nur als Beweismittel für den Verbalcontract der Stipulation in Betracht kämen. Cropp dagegen, dem diese Lehre ihre, freilich nichts weniger als klare, Ausbildung hauptsächlich verdankt[2]), beschränkte die formale obligatorische Wirkung auf solche einseitige Schuldscheine (chirographa), die weder bloße Beweismittel sein sollten, noch ein Constitutum enthielten, also auf diejenigen, welche entweder unmittelbar gegen ein gezahltes Darlehen u. s. w., oder in Erwartung eines solchen, oder aber zum Zwecke einer Novation ausgestellt wären. Doch sollten sie im Justinianischen Rechte in dieser letzten Anwendung nicht mehr vorkommen. Dabei findet sich bei Cropp keine Andeutung, wie man denn diese einzelen Arten von Schuldscheinen alle von einander unterscheiden solle, was in gewissen Fällen doch sehr schwierig sein möchte. Eine andere Annahme in Betreff dieses Literalcontractes, oder vielmehr in Betreff der Literalobligation, ging, oder geht dahin, daß sie durch Schuldscheine begründet werde, gegen welche die querela non numeratae pecuniae wegen Ablaufes der Frist nicht mehr stattfinde, insofern hier der Gegenbeweis gegen das Bekenntniß des verpflichtenden Empfanges ausgeschlossen sei. Diese Annahme, welche sich auf tit. I. de lit. obl. stützt, gehört jedoch nicht in diesen Zusammenhang; denn es ist ersichtlich, daß bei ihr von einem eigentlichen Literalvertrag gar nicht die Rede ist, sondern von einer besondern „gesetzlichen" Obligation, welche dadurch entsteht, daß man nicht bloß einen Schuldschein ausstellt, sondern ihn auch eine gewisse Frist hindurch ohne Erhebung der Querel in den Händen

[2]) Jurist. Abh. Bd. 1, No. 18, §§. 2—21. Diese Abhandlung nimmt, obschon sie vielfach anregend gewirkt hat, in dieser sonst so ausgezeichneten Sammlung nicht gerade den ersten Rang ein. — Außerdem ist für diese Ansicht noch besonders zu nennen Liebe, Stipulation, S. 24—26. 378—384.

des darin als Gläubiger Bezeichneten läßt, und welche man immerhin Literalobligation nennen mag.[3])

Die Existenz eines Literalcontractes in jener erstern Auffassung ist nun aber von Gneist[4]), zum Theil nach dem Vorgange von Sintenis[5]), sowohl für die spätere classische, als auch für die Justinianische Zeit, wie mir scheint, völlig überzeugend widerlegt worden. Man könnte daher die Frage überhaupt als erledigt betrachten, wenn nicht Bähr[6]) zwar nicht für das classische, wohl aber für das Justinianische Recht, wenn auch ohne Beibringung erheblicher neuer Argumente, die Idee des Literalcontractes durch einfachen Schuldschein wieder ins Leben zurückzuführen versucht und sich dazu der Beistimmung von Brinz[7]) zu erfreuen gehabt hätte. Es ist daher nicht überflüssig, diesen Gegenstand einer erneuten Besprechung zu unterziehen; doch darf ich mich unter Beziehung auf Gneist der Anführung von älterer Literatur überheben und mich im Wesentlichen damit begnügen, die früher für und wider vorgebrachten Argumente hier in kurzer Darstellung wiederzugeben.

Nur scheint es sich zu empfehlen, etwas eingehender die Stelle des Gajus (3, 134) zu betrachten, von welcher die Vertheidiger des neuern Literalcontractes gewöhnlich auszugehen pflegen. Man nimmt

---

[3]) Dies ist u. A. schon richtig hervorgehoben von Meurer, jur. Abh. No. 3, S. 99 ff. Ihm stimmt hierin bei Gneist a. a. O. S. 397.

[4]) Die form. Verträge, No. IV: der neuere römische Litteralcontract, §§. 1—6, S. 321—388.

[5]) Von der prozessualischen Natur der Exc. non num. pec. u. indebiti cauti, §. 2, in Sell's Jahrb. Bd. 1, S. 268 ff.

[6]) Anerkennung, S. 132 ff. — Schon vor Bähr hat Einert, über das Wesen und die Form des Literalcontracts u. s. w., S. 7—77, nicht nur für das Justinianische, sondern auch für das classische Recht, hauptsächlich auf Grund seiner angeblichen lebendigen Anschauung von den Bedürfnissen des Römischen Kaufmannsstandes, so wie auf Grund einer äußerst verzwickten Auslegung des tit. I. de lit. obl., welche ihm selbst denselben als eine „wüste Rede" (S. 9) erscheinen läßt, wiederum die Existenz des chirographum als Formalcontractes behauptet. Da sein Buch jedoch mit einer wunderbaren Unkenntniß oder absichtlichen Vernachlässigung der Quellen, so wie der betreffenden neuern Literatur geschrieben ist, so braucht hier deswegen nur auf die Recension von Fick in der Heidelb. krit. Zeitschr. Bd. 1, S. 479—496, verwiesen zu werden.

[7]) Lehrb. der Pandekten, Abth. 1, §. 100, S. 421 f. — Gegen Bähr haben sich erklärt Arndts, in der Münch. krit. Ueberschau, Bd. 4, S. 234 f., und Unger, Inhaberpapiere, S. 100.

darnach an, daß die obligierende Kraft der chirographa und syngraphae zwar ursprünglich dem Römischen Rechte fremd gewesen, aber aus dem Peregrinenrechte, namentlich dem Griechischen, in jenes übertragen sei. Die Stelle lautet so:

„Praeterea literarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est, si quis debere se, aut daturum se scribat, ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat: quod genus obligationis proprium peregrinorum est."

Nun sagt man, das proprium brauche hier nicht nothwendig eine ausschließliche Eigenthümlichkeit des Peregrinenrechtes zu bezeichnen, und daß es eine solche wirklich nicht bezeichne, ergebe sich aus gewissen andern Stellen unserer Quellen, welche, richtig verstanden, von dem chirographum als von einer auch Römischen Obligationsform sprechen. Sieht man vorläufig von diesen andern Stellen ab, so ist so viel gewiß, daß der Sinn der Worte des Gajus nur der sein kann, diese Art der Obligation komme unter Römischen Bürgern gar nicht vor. Diese Bedeutung von proprium beweisen überzeugend G. 2, 65, wo das Recht der mancipatio, in iure cessio und usucapio proprium civium Romanorum genannt wird, G. 1, 55. 108. 119, wo den specifisch Römischen Familiengewalten, und G. 3, 93, wo der verborum obligatio: dari spondes? spondeo dieselbe Bezeichnung zu Theil wird. An der letztgenannten Stelle folgt sogar unmittelbar der Gegensatz: „ceterae vero iuris gentium sunt: itaque inter omnes homines, sive cives Romanos, sive peregrinos, valent." Darin liegt also, daß ein Rechtsinstitut, welches einer dieser beiden Classen „proprium" ist, nach dem Sprachgebrauche des Gajus (und doch wohl nach jedem präcisen Sprachgebrauche) für die andere eben kein Rechtsinstitut, d. h. ohne alle rechtliche Wirkung, ist. Hiernach gehörte denn freilich diese Art der Literalobligation eigentlich gar nicht in den Zusammenhang des Gajus, welcher ja das Römische Recht vortragen will. So sieht aber auch Gajus selbst offenbar die Sache an: daraus erklärt sich eben, daß er das Rechtsinstitut nur mit einem „videtur" einführt und sich durchaus nicht auf eine nähere Darstellung desselben einläßt: das sofortige Fallenlassen dieses Gegenstandes soll durch das „quod genus obligationis proprium peregrinorum est" gerade motiviert werden, so daß wir nach unserm Sprachgebrauche das quod durch ein sed id er-

setzen würden.[8]) Auf der andern Seite lag eine Veranlassung, das Rechtsinstitut doch wenigstens zu erwähnen, darin, daß man es, mindestens in seiner Allgemeingültigkeit, nicht als ein ursprüngliches Erzeugniß der einzeln Particularrechte der Peregrinen ansehen konnte. Im Allgemeinen galt vielmehr für diese Rechte, namentlich für die Griechischen, an die hauptsächlich zu denken ist, der Satz, daß alle formlosen obligatorischen Verträge gültig und klagbar seien, und erst die prätorischen Provinzialedicte (auch wohl das des praetor peregrinus) legten den Nachdruck gerade auf die schriftliche Form der Verträge und erhoben so die schriftlichen Verträge zu einer besondern Gattung von Formalcontracten. Insofern konnte man diese gewissermaßen als ein Institut des Römischen Peregrinenrechtes bezeichnen, welches freilich nicht in dem Sinne Römisch ist, wie das sonst von Gajus vorgetragene, nämlich das für Römische Bürger geltende. Dies Alles ergiebt sich aus der gründlichen Untersuchung von Gneist über die syngrapha.[9]) Nur in einem Puncte bin ich hier von ihm abgewichen: er hält nämlich die Urkunden auch nach den Provinzialedicten noch theils für bloße Beweismittel, theils wenigstens nur für die unwesentliche Form von Consensual- und Realverträgen, nicht aber für das Merkmal einer besondern Art von formalem Literalcontract.[10]) Diese Auffassung ist aber völlig unvereinbar mit Gajus' Darstellung, der die Urkunden als eine besondere Art, Literalobligationen zu begründen, aufführt. Dagegen beruft sich Gneist mit Unrecht darauf[11]), daß Gajus nicht geschrieben habe: „literarum obligatio fit," sondern: „fieri videtur." Denn diese Worte „weisen nicht auf etwas nur Scheinbares hin, sind vielmehr der abgeschwächte Ausdruck für etwas Wirkliches".[12]) So heißt es G. 3, 121. 122: „Pati — iniuriam videmur — etiam per liberos nostros. — Servo autem ipsi quidem nulla iniuria intelligitur fieri, sed domino per eum fieri videtur." Doch ist zu beachten, daß, wo Gajus das videri gebraucht, allerdings immer der Gedanke zu Grunde liegt, daß hier der juristische Ausdruck schon in einer durch die Jurisprudenz festgestellten Ausdehnung, die ihm ursprünglich

[8]) Dies bemerkt auch Gneist a. a. O. S. 386.
[9]) Die form. Verträge, No. V, S. 413 ff.
[10]) A. a. O. §. 9, S. 492 ff., insbesondere S. 506.
[11]) A. a. O. S. 385.
[12]) So Bähr a. a. O. S. 133. Vgl. auch Sintenis a. a. O. S. 270.

nicht zukomme, in einer irgendwie uneigentlichen Bedeutung stehe[13]; sonst würde es auch ganz sinnlos sein, sich eines „abgeschwächten Ausdruckes für etwas Wirkliches" zu bedienen.[14]) Daher durfte ich auch oben in dem vorliegenden „videtur" die Andeutung finden, daß Gajus selbst die Obligation aus Urkunden als etwas dem eigentlichen Römischen Contractssysteme Fremdes betrachtet. Daß er aber für das Peregrinenrecht hier wirklich einen eigentlichen Literalcontract aufstellt, das kann, wie schon Sintenis bemerkt hat, gar nicht bezweifelt werden, wenn man die Ausdrucksweise des §. 134 mit der Abweisung vergleicht, die Gajus in den §§. 131 und 132 der Auffassung zu Theil werden läßt, als würde durch die arcaria nomina eine Obligation (und zwar eine obligatio iuris gentium) nicht bloß bewiesen, sondern begründet. Die formale Natur dieser schriftlichen Verträge aber erhellt einerseits daraus, daß Gajus sie mit dem formalen nomen transcripticium nur als eine Unterart der Literalcontracte zusammenordnet, andrerseits aus der Gegenüberstellung der durch bloßen consensus gültigen Verträge als einer andern Gattung, während doch, wenn die Schrift hier bloß als eine Form, die allerhand materiell individualisierten Verträgen Wirksamkeit verschaffte, in Betracht käme, die in dieser Form geschlossenen Kauf-, Miethverträge u. s. w. zugleich auch Literalcontracte zu nennen sein würden. Für uns dagegen bleibt es nur zweifelhaft, wo nach der bei den Römern gangbaren Auffassung des Peregrinenrechtes die bestimmte Grenze zwischen Literalcontracten und schriftlich abgefaßten Real- und Consensualcontracten gezogen war.

Nach dem Obigen darf es also für die Zeit des Gajus als zweifellos betrachtet werden, daß es unter Römischen Bürgern keinen Literalcontract durch chirographa gab. Hiermit stimmt auch die Darstellung der Institutionen im tit. de lit. obl. vollständig, wo nur die nomina als alter Literalcontract genannt werden, Das, was dort sonst als Literalobligation erscheint, aber offenbar als nachgajanische Rechtsbildung vorgetragen wird. Abgesehen von einer etwanigen Aenderung des Rechtes würde sich also für das Justinianische Recht,

---

[13]) Vgl. z B. Gai. l. 6 D. de dolo malo 4, 3: „Nam is nullam videtur actionem habere, cui propter inopiam adversarii inanis actio est".

[14]) So würde es dem Gajus gewiß nie eingefallen sein, z. B. lib. 3. §. 92 die Darstellung der Verbalobligation so zu beginnen: „verbis obligatio fieri videtur ex interrogatione et responsione".

welches nur noch Römische Bürger als Rechtssubjecte kennt, hieraus ergeben, daß diesem der genannte Literalcontract völlig fremd sein müsse. Daß nun aber in dieser Beziehung seit Gajus in der That das Recht sich nicht verändert hat, zeigt eine unbefangene Betrachtung der Justinianischen Rechtsbücher aufs Klarste.

Ueberall, wo die Arten der Contracte in den Pandekten aufgezählt werden, ist der Literalcontract gestrichen.[15]) Dieser Umstand allein würde gewiß stäts für entscheidend gehalten sein, wenn nicht die Institutionen die literarum obligatio mit aufführten und ihr einen eignen Titel widmeten. Aber gerade der Inhalt dieses Titels sollte billiger Weise als eins der stärksten Argumente gegen den neuern Literalcontract angesehen werden. Denn die Bearbeiter der Gajanischen Institutionen würden doch, wenn Das, was Gajus als Peregrinenrecht vorträgt, seitdem ins Römische Recht recipiert worden wäre, ganz einfach diese historische Entwicklung unter Benutzung der Worte des Gajus mitgetheilt haben. Statt dessen begründen sie, nachdem sie kurz angeführt haben, daß die frühere Literalobligation, nämlich die nominum obligatio, nicht mehr in Gebrauch sei, die Existenz einer Literalobligation[16]) für ihre Zeiten nur dadurch, daß die querela non numeratae pecuniae gegen Schuldscheine auch ohne Stipulationsclausel nach zwei Jahren wegfalle, und man also hier nach Ablauf dieser Frist durch die Urkunde obligiert sei. Jeder sieht, daß Dies etwas von den Gajanischen syngraphae et chirographa ganz Verschiedenes ist; denn während diese an sich obligierten, obligiert im Sinne der Institutionen die Urkunde erst in Verbindung mit der Nichterhebung der Querel innerhalb der dafür gesetzten Frist: sie begründet also, wie oben schon ausgeführt, keine Contractsobligation, sondern ist nur ein Moment bei der Begründung einer „gesetzlichen" Obligation. Darin liegt freilich der unvermeidliche Vorwurf eines Mangels an Logik für die Institutionenverfasser, die unter den Contractsarten ein Ding aufgeführt haben, welches nach ihrer eignen Darstellung keine Contractsart ist.[17])

---

[15]) Z. B. l. 1, §. 1 D. de O. et A. 44, 7. Viele andere Stellen bei Gneist a. a. O. S. 372, Anm. 12.

[16]) Daß sie diese behaupten, wenn sie sagen, man werde „scriptura" obligiert, ist gewiß; denn dieses Wort bedeutet genau so viel wie literis, welches letztere sich übrigens bei Theophilos ausdrücklich findet.

[17]) Hier wird natürlich abgesehen von der Controverse, ob ihnen nicht auch

Mit diesem Verleugnen der Schuldschein-Obligation in den systematischen Uebersichten, welche die Justinianischen Rechtsbücher von den Contracten geben, stimmt ihr sonstiges Verhalten zu dieser Frage ganz überein. Novationen können nach mehreren Stellen nur vorgenommen werden durch Stipulation oder Litiscontestation; von einer Novation durch chirographum ist nirgends die Rede. Diese unbestreitbare Sachlage hat denn Cropp zu der Behauptung genöthigt, nach Justinianischem Rechte sei das chirographum gerade zu diesem Zwecke nicht mehr brauchbar: für welche wunderliche Erscheinung er eine noch wunderlichere Erklärung giebt.[18]) Wo ferner Beispiele von Schuldscheinen ohne Stipulationsclausel in den Digesten vorkommen, wird stäts nur die Frage aufgeworfen, inwiefern sie ein Beweismoment, oder ein Constitutum enthalten; der Gedanke an eine formale verpflichtende Kraft derselben macht sich höchstens nur darum einmal bemerkbar, um sogleich ausdrücklich verworfen zu werden, wie in l. 31 D. de probat. 22, 3 und l. 6 C. de compens. 4, 31. Insbesondere erfahren wir aus Vat. fr. 263, daß Schenkungsversprechen in Urkunden ohne Stipulation wirkungslos sind, und für das Justinianische Recht speciell erhellt Dasselbe aus der Fassung der l. 35 C. de donat. 8, 54, wo Justinianus zuerst auf die ohne Stipulation geschenkten, aber noch nicht tradierten, d. h. also schenkungsweise versprochenen, Sachen dem Beschenkten eine Klage giebt, und wo offenbar hauptsächlich an schriftlich vollzogene Schenkungsversprechen gedacht ist. Ferner führt Gneist (S. 366 ff.) eine Menge von Stellen an, wonach aus einem Darlehnsschein, der keine Stipulationsclausel enthält, ohne wirkliche Auszahlung des Geldes, wonach sodann aus einem nicht in Form der Stipulation gegebenen Zinsversprechen keine

---

daraus schon ein Vorwurf zu machen sei, daß sie überhaupt die Entstehung einer besondern Obligation durch die Verbindung der Scriptur und des Zeitablaufes angenommen haben.

[18]) A. a. O. S. 347 f. — Die Nothwendigkeit der ausdrücklichen Einwilligung des Gläubigers in die Novation (nach l. 8 C. de novat. 8, 42) war nur für die Feststellung des Rechtsgrundes, nämlich für die Frage, ob durch die neue Obligation die alte aufgehoben, oder nur bestärkt sei, von Bedeutung, hinderte aber offenbar nicht daran, die Novation selbst durch einseitigen Formalcontract zu vollziehen, wie sie denn ja auch unstreitig durch Stipulation fortwährend geschah. Warum aber die erhöhte Wirkung der Stipulationsurkunden ein Grund gewesen sein soll, das chirographum gerade bei der Novation, aber in keiner andern Anwendung zu verdrängen, ist eben so wenig zu begreifen.

Obligation entsteht: von welchen Stellen ich hier nur beispielsweise l. 14 C. si cert. pet. 4, 2 und l. 3 C. de usur. 4, 32 nennen will.[19]) Endlich geht noch aus der Nov. Leon. 72 derselbe Rechtszustand hervor; denn hier erläßt Leo allererst die neue Vorschrift, daß diejenigen schriftlichen Verträge, welche entweder mit dem Zeichen des Kreuzes unterzeichnet, oder mit der Anrufung der heiligen Dreieinigkeit versehen seien, auch ohne Stipulationsclausel eine Klage erzeugen sollen.[20])

Die aus den von den Gegnern angeführten Stellen zu entnehmenden Gegengründe sind leicht zu widerlegen. Manche Stellen, in denen der Aussteller einer „cautio" als obligiert erscheint, sind mißverständlich hierher gezogen, da man nicht wußte, oder nicht bedachte, daß cautiones vorzugsweise Stipulationsurkunden sind. Vor Allem hat dabei l. 25, §. 4 D. de probat. eine Rolle spielen müssen, deren richtige Erklärung oben gegeben ist.[21]) Wenn ferner auch da, wo keine Stipulationsclausel vorliegt, oder das Vorhandensein einer solchen wenigstens zweifelhaft bleibt, von einem „convenire ex chirographo" oder dgl. gesprochen wird — wohin auch die Rubrik des tit. C. Th. 2, 27: „si certum petatur de chirographis" gehört —, so erklären sich solche Redensarten aufs Einfachste daraus, daß das „chirographum", die „epistola", das „instrumentum" u. s. w. als das Beweismittel gedacht ist, welches die ganze Klage hält. So heißt es häufig auch, die Stipulationsklage finde „ex cautione", d. h. aus der Stipulationsurkunde, statt, während hier doch entschieden nur der bezeugte mündliche Act als das Obligierende gedacht ist; bei Scaev. l. 17. pr. D. de doli exc. 44, 4 kommt sogar vor: „ex chirographo ex stipulatu agenti" (nach der Florentin. Lesart), und bei demselben l. 57,

---

[19]) Hinzuzufügen wäre etwa noch l. 5 C. si cert. pet. 4, 2.

[20]) Gneist behauptet (S. 262 u. 372) mit Unrecht, daß diese Novelle allen schriftlichen Verträgen Klagbarkeit beilege. Dagegen scheint mir Savigny, Obl.-R. Bd. 2, S. 234, Anm. h, die Bedeutung der praktisch freilich jedenfalls bedeutungslosen Byzantinischen Verordnung allzusehr einzuschränken.

[21]) Cropp a. a. O. S. 350 ff. bezieht diese Stelle nur auf sein obligierendes chirographum, desgleichen Liebe, Stipulation, S. 26; ersterer will sie dann nur analog auch auf die Stipulation anwenden. Ob Cropp sie in Betreff der Beweislast eben so auslegt, wie Gneist, darüber sind verschiedene Ansichten möglich; vgl. §. 4, Anm. 6. Von Liebe behauptet dagegen Fick, in der Heidelb. krit. Zeitschr. Bd. 1, S. 484, sicher mit Unrecht, daß nach seiner Lehre der Gläubiger aus einem Literalcontracte von dem Schuldner stäts zum Beweise der materiellen causa „debendi" genöthigt werden könne; vgl. auch §. 3, Anm. 11.

pr. D. de admin. et peric. 26, 7: „ex inventario convenire“, während doch noch Niemand einen Literalcontract durch Inventarium behauptet hat. Am scheinbarsten endlich, obwohl schwach genug, ist das Gegenargument aus l. 6 C. Th. de denunt. 2, 4 (v. J. 406), wonach die processualische Denuntiationsfrist, außer bei einigen andern Klagen, auch wegfallen soll: „si quis debiti, quod vel ex foenore vel mutuo data pecunia sumpsit exordium, vel ex alio quolibet titulo in literarum obligationem facta cautione translatum est“. Hier wird also eine in irgend eine „cautio“ gebrachte Obligation literarum obligatio genannt; es ist jedoch zweifelhaft, ob unter jener „cautio“ nur eine Stipulationsurkunde, oder jeder Schuldschein zu denken ist. Im ersteren Falle ist jenes „in lit. obligationem“ gewiß incorrect, obwohl Gneist nicht Unrecht hat, wenn er (S. 382) bemerkt, daß dieser Ausdruck nahe lag, wenn man eine schriftlich beglaubigte Stipulation kurz bezeichnen wollte. Diese Incorrectheit wird indessen wohl nicht leicht einen Grund abgeben können, um der Beziehung auf einfache Schuldscheine den Vorzug zu geben; denn ehe man sich durch diese einzige, im Ganzen schlecht abgefaßte Constitution, im Widerspruche mit dem ganzen Zusammenhange des classischen, wie des Justinianischen Rechtes, bewegen läßt, an den neuern Literalcontract zu glauben, wird man doch gewiß lieber, wenn wirklich dieses Gesetz eine Obligation, über welche ein Schuldschein ohne Stipulationsclausel ausgestellt ist, literarum obligatio nennen sollte, auch hierin nur eine Ungenauigkeit des Ausdruckes finden. Ob cautio hier eine Stipulationsurkunde, oder jeden Schuldschein bedeute, mag daher ganz dahin gestellt bleiben: ist Letzteres der Fall, so werden wir nach dem uns anderweitig bekannten Rechtszustande jener Zeit nie etwas Weiteres unter lit. obligatio verstehen können, als Das, was eben schon angedeutet ist, und auch sonst in den Zusammenhang des Gesetzes paßt, nämlich eine Obligation, für welche ein schriftliches Beweismittel vorhanden ist.[22])

[22]) Ich habe hier absichtlich die Möglichkeit, daß ein Peregrine eine wirkliche Obligation durch chirographum übernahm, die im J. 406 vermuthlich noch vorhanden war, nicht berücksichtigt, da dieses allgemeine Proceßgesetz doch gewiß nicht allein diese seit Caracalla's großer Civitätsverleihung jedenfalls sehr seltenen Fälle im Auge hatte. Doch mag zur Wahl der Ausdrücke „in lit. obl.“ allerdings vielleicht der Umstand beigetragen haben, daß sie in einigen, wenn auch wenigen Fällen im strengsten Wortsinne richtig waren.

Nach allem Diesen, sollte man meinen, steht nun die Nichtexistenz eines Literalcontractes auch für das Justinianische Recht so fest, wie überhaupt eine historische Thatsache feststehen kann. Bähr hat jedoch gegen Gneist's Argumentation eingewandt, daß er zwei Umstände nicht genügend berücksichtigt habe, erstlich daß zwischen der Zeit, aus welcher er seine Belege nehme, und der Zeit Justinians drei Jahrhunderte liegen, welche auch ihre Geschichte haben, und sodann, daß der einfache Schuldschein ein Willenselement enthalte, welches der Entwicklung zu einem Formalvertrage fähig gewesen sei. Was den letztern Punct betrifft, so ist der Vorwurf der Nichtberücksichtigung einfach zurückzuweisen; denn wie sehr Gneist von der abstracten Möglichkeit, daß der Schuldschein einen Formalcontract constituieren könne, durchdrungen gewesen ist, geht eben daraus hervor, daß er eine Untersuchung darüber angestellt hat, ob derselbe in der That im Römischen Rechte diese Wirkung habe: eine Untersuchung, die ihn freilich zu dem Resultate geführt hat, daß Das, was er als möglich erkennen mußte, in diesem Falle nicht wirklich sei. Was aber die drei Jahrhunderte betrifft, die zwischen den Gneist'schen Belegstellen und Justinianus liegen sollen, so vergißt Bähr, was freilich von manchen Auslegern der Rechtsquellen nur zu oft vergessen wird, daß in der Fragmentensammlung, die wir in den Pandekten besitzen, vor allen Dingen auch geltendes Justinianisches Recht enthalten ist; ja noch mehr, er vergißt, daß ein Hauptargument gegen den neuern Literalcontract gerade in der sorgfältigen Ausmerzung besteht, welche den Erwähnungen des alten von Seiten der Compilatoren zu Theil geworden ist, obwohl manche dieser Erwähnungen ohne Zweifel eben so gut auf jenes vermeintliche neuere Rechtsinstitut hätten bezogen werden können: und endlich vergißt er das wieder um einige Jahrhunderte jüngere Belegstück, welches wir noch in der Nov. Leon. 72 gegen den Literalcontract durch chirographum haben. Dazu kommt nun noch, was freilich Gneist weniger hervorgehoben hat, das Gewicht, welches der Institutionentitel de lit. obl., der doch gewiß das echteste Justinianische Recht darbietet, bei genauer Auslegung gegen den neuern Literalcontract in die Wagschale wirft. Zwar scheint Bähr[23]) gerade in dieser Stelle den stärksten Beweisgrund für seine Lehre zu finden; aber Nichts kann einleuch-

[23]) A. a. O. S. 137 u. 314 ff.

tender sein, als daß die Institutionenverfasser, da sie erst von da an, wo man nicht mehr querela non numeratae pecuniae erheben kann, eine Literalobligation eintreten lassen, nothwendig von der Ansicht ausgehen müssen, daß durch den Schuldschein an sich noch keine Obligation entstehe. So spricht denn Theophilos, der in diesem Falle gewiß berufen ist, uns über die Meinung der Institutionen Aufschluß zu geben, nur für den Fall von einer Literalobligation, wo in Wirklichkeit das Darlehen nicht gezahlt ist, während doch die obligierende Kraft des Schuldscheines als solchen, wie die der Stipulation, gerade so gut auch bei wirklich gezahltem Gelde eintreten und die Realobligation verdecken müßte.[24]) Wenn endlich von einer exceptio non numeratae pecuniae gegenüber einem bloßen Schuldscheine gesprochen wird, so geschieht damit gewiß etwas nach classischem Rechte Undenkbares; aber Nichts berechtigt uns, die Abweichung vom classischen Rechte lieber in einer neu entstandenen obligierenden Kraft des Schuldscheines, als in einer eingerissenen weitern Bedeutung des Wortes exceptio zu suchen.[25]) In der spätern Kaiserzeit kommt dasselbe auch sonst in ähnlicher Weise vor, wie z. B. für Beweiseinrede in l. 14, §. 2 C. de contr. stip. 8, 38: „testes omni exceptione maiores". Insbesondere wird auch Quittungen gegenüber die entsprechende Einwendung in l. 14, §§. 1. 2 C. de non n. p. 4, 30 als „exceptio non n. p." bezeichnet, während doch, selbst wenn man etwa Quittungen gleichfalls für mehr als Beweismittel, für formell (aber per exceptionem) tilgende Acte gelten lassen wollte, die einzige

---

[24]) Theophilos giebt hier ausnahmsweise mehr einen Commentar zu den Institutionen, als eine bloße Paraphrase; denn er setzt den Inhalt derselben für seine Erörterungen theilweise als bekannt voraus, ohne ihn zu wiederholen. Sein Gedankengang ist, nachdem er die alte nominum obligatio absolviert hat, folgender. Er setzt den Fall, Jemand stelle ohne Stipulation einen Schuldschein in Erwartung eines zu empfangenden Darlehens aus, erhalte dasselbe nachher aber nicht, und fragt nun: kann dieser „*χρόνου παραδραμόντος πολλοῦ*" auf Zahlung der verschriebenen Summe verklagt werden? Es ist klar, daß er weder re, noch verbis obligiert ist: sollte er also dennoch verklagt werden können, so müßte er literis obligiert sein. „*Καὶ ἰδοὺ, ποτὲ καὶ σήμερον γίνεταί τις ἔνοχος τῇ* literis": und siehe da, bisweilen wird man also auch noch heutzutage literis verpflichtet: da wir ja nämlich, zur Beantwortung obiger Frage, aus den Institutionen ersehen, daß der Aussteller „*ποτέ*", nämlich wenn er nicht rechtzeitig Querel erhoben hat, verklagt werden kann.

[25]) Vgl. Sintenis a. a. O. S. 285.

nach dem Sprachgebrauche des classischen Rechtes mögliche Benennung „replicatio n. n. p.“ sein würde.

Was Bähr außerdem von dem Absterben der Stipulationsform, von der stillen, unwiderstehlichen Macht der fortschreitenden Rechtsidee, welche an die Stelle der letztern das im einfachen Schuldscheine verborgene Willenselement zur Geltung gebracht habe, zur Unterstützung seiner Ansicht vorbringt, wird an Jedem ganz eindruckslos abgleiten, der einfach die unzweifelhafte Thatsache nicht aus den Augen verliert, daß trotzalledem in den das Obligationenrecht behandelnden Partien der Institutionen und Digesten das Recht der Stipulation als ein für die Justinianische Zeit ganz praktisches vorgetragen wird, während die Schuldscheinsobligation dort ein völlig unbekanntes Institut ist. Ob die Behauptung richtig sein würde, daß die Compilatoren hier unterlassen haben, einer in der Praxis, sei es aus bloßem Mißverständnisse, sei es mit den Merkmalen eines neuen Gewohnheitsrechtes, üblich gewordenen Abweichung vom ältern Rechte die gesetzliche Bestätigung zu geben, und ob sie, im Bejahungsfalle, wegen ihrer mangelhaften Erkenntniß der Bedürfnisse des Lebens Tadel, oder vielleicht wegen ihrer verhältnißmäßig reinen Auffassung des ältern Rechtes Lob verdienen würden, das sind Fragen, deren Erörterung hier überflüssig ist; keinenfalls aber würde man bezweifeln dürfen, daß der Inhalt der Compilation, seitdem Justinianus dieselbe als Gesetz publiciert hat, auch in diesen Puncten noch, oder wieder geltendes Recht des Byzantinischen Reiches gewesen sei.

§. 7.

Die Stipulationsurkunde.

Nur in einer Beziehung ist, wie schon oben (§. 2) angedeutet, eine Modification des Rechtes der Formalcontracte durch den Einfluß der schriftlichen Form für die Justinianischen Rechtsbücher nicht abzuleugnen, nämlich was den Werth der Stipulationsurkunden betrifft. Freilich hat man bisweilen diese Aenderung schon einer früheren Periode zuschreiben wollen; indessen gewiß mit Unrecht. Es ist nicht zu bestreiten, daß schon zur Zeit des Cicero der häufige Gebrauch der Stipulationsurkunden es veranlaßt hatte, daß man in der Sprache des gemeinen Lebens häufig von der Stipulation als einem schrift-

lichen Vertrage redete.[1]) Wenn der vielleicht verwickelte Inhalt eines Vertrages zu Papier gebracht war, so genügte es, um ihn juristisch verbindlich zu machen, z. B. die Worte zu sprechen: „haec omnia, uti hic scripta sunt, ita recte dari fieri spondes?“ — „spondeo“, worauf dann auch diese Thatsache in einer Schlußclausel der Schrift als geschehen bezeugt wurde. In solchen Fällen, die ohne Zweifel häufig genug vorkamen, konnte man also den ganzen Inhalt des Vertrages nur aus der Urkunde ersehen und erweisen, während die gesprochenen Worte für sich über den Inhalt des Vertrages noch gar keinen Aufschluß gaben. Ganz erklärlich ist es daher, daß man, wo es nicht eben darauf ankam, juristisch genau zu reden, alles Gewicht auf die Urkunde, als das für den Erfolg Bedeutsamste, legte. Dadurch wurde aber das Recht eben so wenig afficiert, wie etwa das heutige Obligationenrecht aus dem im gewöhnlichen Leben sehr verbreiteten Sprachgebrauche, der unter Contracten und Obligationen Urkunden versteht, welche Forderungsrechte begründen oder beweisen, zu construieren sein würde. Derartige sprachliche Erscheinungen[2]) können daher als für unsere Frage völlig unerheblich bei Seite gelassen werden.

Hiervon abgesehen, wird aber auf die Quellen die Behauptung gestützt, daß schon zur Zeit der classischen Juristen, wenigstens der jüngsten derselben, der Stipulationsurkunde eine weiter greifende rechtliche Wirkung beigelegt sei, als ihr zukommen würde, wenn der Standpunct der Stipulation als eines rein mündlichen Contractes streng festgehalten wäre. Zwei Auffassungen sind in dieser Beziehung zu unterscheiden, welche ich beide für gleich irrig halte. Bähr findet ein Symptom des Absterbens der alten Stipulationsform darin, daß den Stipulationsurkunden die Kraft eines vollen Beweises der Stipulation beigelegt sei, und daß alle in dieser Richtung aufgeworfenen Fragen in den Quellen zu Gunsten der Aufrechthaltung der Stipulation und ihres Beweises beantwortet seien.[3]) Ich sehe dagegen in

[1]) Als Belege führt Heimbach, Creditum, S. 308, Auct. ad Her. 2, 9, 13. Cic. Top. 25. 26. pro Rosc. Com. 13 an.

[2]) Auch bei Juristen kommt natürlich bisweilen Aehnliches vor: z. B. Paul. l. 134, §. 2 D. de V. O. 45, 1: „quum Septicius literis suis praestiturum se caverit pecuniam“. Aber auch außer dem Gebiete der Stipulation: so versteht z. B. Ulpianus in l. 7, §. 12 D. de pact. 2, 14 unter pacta schriftliche Vertragsurkunden, nicht die betreffenden Verträge selbst.

[3]) A. a. O. S. 129. Schon Liebe scheint von dieser Ansicht auszugehen (Sti-

den betreffenden Entscheidungen der classischen Juristen nur theils die folgerichtige Anwendung ganz allgemeingültiger Beweisregeln des gesunden Menschenverstandes, welche auch in den ältesten Zeiten jeder gute Römische Richter seinen Urtheilen zu Grunde legen mußte, theils die nächstliegende Deutung gewisser in den Stipulationsurkunden gebrauchter Ausdrücke. Während es sich nun hier lediglich um die innere Begründung gewisser von den alten Juristen ausgesprochener Sätze handelt, deren Inhalt ich nicht anders verstehe, als Bähr, muß ich Gneist in der Auffassung dieses Inhaltes selbst entgegentreten. Ihm zufolge erschiene in den fraglichen Stellen die Urkunde nicht als ein gewöhnliches Beweismittel für die Stipulation, sondern als ein solches, welches allen Gegenbeweis, mit Ausnahme des Beweises der Abwesenheit einer der Parteien[4]), ausschlösse: mit andern Worten, wo eine Stipulationsurkunde vorliegt, da soll, sofern nur die Parteien praesentes waren, die Stipulation, auch wenn sie in Wahrheit nicht stattgefunden hat, fingiert werden.[5]) Die Stellen sind folgende:

Paul. l. 134, §. 1 D. de V. O. 45, 1: „— Plerumque ea, quae praefationibus convenisse concipiuntur, etiam in stipulationibus repetita creduntur". — §. 2 ib.: — „quum Septicius literis suis praestiturum se caverit pecuniam —, si inter praesentes actum est, intelligendum etiam a parte Titii praecessisse verba stipulationis".

Paul. R. S. 5, 7, 2: „Verborum obligatio inter praesentes, non etiam inter absentes contrahitur. Quodsi scriptum fuerit instrumento promisisse aliquem, perinde habetur, atque si interrogatione praecedente responsum sit".

Sever. et Anton. l. 1 C. de contr. stip. 8, 38: „Licet epistolae, quam libello inseruisti, additum non sit, stipulatum esse eum, cui ca-

---

pulation, S. 20 ff.), wenn er nicht gar für die gleich zu erwähnende Ansicht Gneist's ein Vorläufer ist. Auch Savigny, Obl.-R. Bd. 2, S. 207 f., neigt sich der Bähr'schen Auffassung zu.

[4]) D. h. des Beweises, daß die Parteien zu der Zeit, wo die Stipulation nach der Urkunde stattgefunden haben soll, gar nicht persönlich bei einander waren, resp. in der in der Urkunde genannten Oertlichkeit eine derselben damals sich nicht aufhielt.

[5]) Gneist a. a. O. S. 253 ff., besonders S. 256. Obgleich Bähr diese Ansicht nicht ausdrücklich verworfen hat, so geht doch aus seiner Darstellung hervor, daß er sie nicht theilt. Dagegen stimmt z. B. Puchta, Institt. Bd. 3, §. 273, bei Note d, mit Gneist überein.

vebatur, tamen si res inter praesentes gesta est, credendum est praecedentem stipulationem vocem spondentis secutam".

Ulp. l. 30 D. de V. O. 45, 1: „Sciendum est generaliter, quodsi quis se scripserit fideiussisse, videri omnia sollemniter acta".

Ulp. l. 7, §. 12 D. de pact. 2, 14: „Quod fere novissima parte pactorum ita solet inseri: „rogavit Titius, spopondit Maevius", haec verba non tantum pactionis loco accipiuntur, sed etiam stipulationis, ideoque ex stipulatu nascitur actio, nisi contrarium specialiter approbetur, quod non animo stipulantium hoc factum est, sed tantum paciscentium".[6])

Aus diesen Stellen geht vor allen Dingen hervor, daß mit einer Urkunde, in welcher der Beklagte mit seiner Unterschrift zugestanden hatte, auf klägerische Stipulation versprochen zu haben, der Kläger den vollen Beweis dieser Thatsache erbringen konnte. Dies kann nun der unbefangenen Betrachtung nur als eine höchst selbstverständliche Anwendung des allgemeinen Satzes erscheinen, daß das außergerichtliche Geständniß zu Gunsten Dessen, dem es abgelegt ist, gegen den Gestehenden beweist. Anders ist es nach Bähr.[7]) Nach seiner Meinung wäre es mit dem Satze: „nuda pactio obligationem non parit" unvereinbar gewesen, den in der Ausstellung eines Schuldscheines liegenden Willensact rechtlich anzuerkennen: diese Urkunde konnte daher nur als Beweismittel in Betracht kommen, und daß sie nach Ansicht der classischen Juristen vollständigen Beweis machte, war schon ein Schritt auf dem Wege des Ueberganges von jenem alten Satze zur Annahme einer aus der Urkunde entspringenden Obligation. Es ist nun zuvörderst keineswegs richtig, daß demjenigen Willensacte, der nach Bähr in der Ausstellung auch eines solchen Schuldscheines, der kein ausdrückliches Versprechen enthält, liegen soll, nämlich dem auf Begründung einer Obligation gerichteten, vom Standpuncte des Römischen Contractsystems aus jede rechtliche Bedeutung abgesprochen werden müßte. Dieses Contractsystem war bekanntlich durch die pacta praetoria modificiert; zu den letztern gehörte das constitutum, welches in dem Versprechen, eine bestehende Schuld zu erfüllen, bestand; in welcher Form dieses Versprechen gegeben

[6]) Diese Stelle führt nur Bähr, nicht auch Gneist an.

[7]) Vgl. namentlich Anerkennung, §. 34.

wurde, war gleichgültig: wenn also wirklich in der Ausstellung einer Stipulationsurkunde ein stillschweigendes Versprechen, das angeblich Promittierte zu leisten, gefunden werden konnte, so war dadurch, wenigstens wenn das Object in fungibeln Sachen bestand, die actio de pecunia constituta begründet. Bei dieser hatte auch keineswegs, wie Bähr meint[8]), der Kläger außer dem Constitutum selbst noch besonders die Wirklichkeit der Schuld, sondern der Beklagte die etwa behauptete Nichtschuld, also hier die Nichtstipulation, darzuthun. Doch über den letztern Punct wird passender unten beim heutigen Recht zu reden sein; denn hier kommt nun ferner der wichtigere Umstand hinzu, daß in der Stipulationsurkunde, so wie überhaupt in einer Urkunde, welche ausdrücklich nur ein Geständniß enthält, gar kein stillschweigendes Versprechen gefunden werden kann. Bähr's entgegenstehende Behauptung bedarf gar keiner Widerlegung, weil er nicht den mindesten Grund dafür beigebracht hat.[9]) Dennoch möge noch gegen ihn angeführt werden, daß die classischen Juristen offenbar nicht seiner Meinung gewesen sind; denn sonst würden sie eben wohl einmal erwähnt haben, daß auf eine Stipulationsurkunde auch die actio de pecunia constituta begründet werden könne. Dagegen verwirklicht sich in dem Hingeben eines schriftlichen außergerichtlichen Geständnisses allerdings ein rechtlicher Wille, aber ein anderer, als den Bähr darin findet, nämlich der Wille, dem Andern ein Beweismittel für irgend eine dem Aussteller rechtlich nachtheilige Thatsache, bestehe diese in dem Fallen einer Sternschnuppe (worüber die Parteien ja früher gewettet haben könnten), in dem Aussprechen gewisser verpflichtender Worte, oder in der Existenz eines Schuldverhältnisses, oder worin sonst, in die Hand zu geben. Dieser Wille ist nun aber in seinen rechtlichen Folgen ganz unabhängig von den Grundsätzen des materiellen Obligationenrechtes zu erwägen; vielmehr gehört diese Erwägung durchaus dem Gebiete des Beweisrechtes an, und da dieses

---

[8]) A. a. O. §. 30.

[9]) Es versteht sich doch wohl von selbst, daß selbst wenn Bähr's Bemühungen im zweiten Theile seines Buches, einen heutigen Rechtssatz nachzuweisen, wonach die Anerkennung einer angeblich bestehenden Schuld einen formalen obligatorischen Vertrag ausmachen soll, gelungen wären — was sie nach meiner Ansicht nicht sind —, daraus kein Grund herzunehmen wäre, den Willen eines Römers, der den Worten nach nur eine Thatsache zugestand, ohne Weiteres dahin aufzufassen, als habe er sich obligieren wollen.

den Römischen Richtern nicht formelle Voraussetzungen für die Bildung ihrer Ueberzeugung vorschrieb, sondern sie lediglich auf ihren gesunden Menschenverstand verwies, so mußten sie, und desgleichen die juristischen Schriftsteller, ohne in irgend einem Satze des Römischen Obligationenrechtes ein Hinderniß zu finden, sofort zu dem Ergebnisse gelangen, daß jene dem Beklagten nachtheiligen Thatsachen, welche er früher gerade zu dem Zwecke, ihre Richtigkeit festzustellen, dem Kläger gegenüber zugestanden hatte, bis zum Gegenbeweise für völlig ausgemacht zu halten seien. In unserm Falle war also zunächst durch die Urkunde, d. h. durch den Augenschein, die Thatsache des schriftlichen Geständnisses erwiesen, und durch letzteres alsdann die Thatsache der Stipulation. Die rechtlichen Folgen wären dieselben, wenn etwa, statt des schriftlichen, durch Zeugen ein mündliches Geständniß dargethan wäre.[10]) Bähr sucht nun freilich noch durch eine Vergleichung klar zu machen, wie wenig sich die Beweiskraft der Stipulationsurkunden von selbst verstehe.[11]) Wenn heutzutage ein Geschäft gerichtliche Abschließung fordere, so würde, meint er, schwerlich ein Gericht den Beweis desselben durch eine Privaturkunde, worin der eine Theil dem andern die gerichtliche Abschließung des Geschäftes bescheinigt hätte, erbracht finden. Diese ohne Begründung hingestellte Behauptung halte ich für ganz falsch. Wäre sie aber selbst wahr, so würde gewiß eine analoge Anwendung auf die Stipulation undenkbar sein. Denn in dem von Bähr aufgestellten Falle könnte die Ausschließung des außergerichtlichen Geständnisses als Beweismittels nur dadurch begründet werden, daß man ex ratione legis deducierte: das Gesetz habe, um Uebereilungen zu verhüten, die Form der gerichtlichen Abschließung verlangt; nun werde aber dieser Zweck in Anbetracht der Schwierigkeit des Gegenbeweises durch die Zulas-

[10]) Bähr's ganze Darstellung im §. 34 leidet an mangelhafter Abgrenzung der Begriffe Zeugniß, Indicium und außergerichtliches Geständniß, Geständniß und Verpflichtungsvertrag, endlich Beweis durch Urkunden und Beweis durch Dasjenige, was selbst erst durch die Urkunde bewiesen wird, wie z. B. das darin enthaltene Geständniß. Am wunderbarsten ist es, daß er, von der Bedeutung der Urkunden als bloßer Beweismittel ausgehend, plötzlich etwas Neues darin findet, daß das darin enthaltene Geständniß als vollbeweisend angesehen wurde: gleichsam als ob der Begriff eines reinen Beweismittels es vor allen Dingen mit sich brächte, daß dasselbe nicht völligen Beweis schaffen könne.

[11]) A. a. O. S. 129, Anm. 2.

sung eines außergerichtlichen Geständnisses praktisch leicht vereitelt, indem letzteres, eben vom Gegenbeweise abgesehen, wie der Vertragsabschluß selbst wirke[12]): das Gesetz sei also vernünftiger Weise zu interpretieren, als habe es auch das genannte Beweismittel ausschließen wollen. Nichts kann aber für die mündliche Stipulation unzutreffender sein; denn mindestens im Vergleiche mit der Schriftlichkeit kann sie gewiß nicht als die Vertragsform gelten, welche den Abschluß erschwerte und Zeit zur Ueberlegung verschaffte.

Desgleichen enthalten nun auch die specielleren Entscheidungen obiger Stellen Nichts, was dem Geiste des alten Stipulationsrechtes zuwider wäre. Es handelt sich immer um Beweisfragen, und zwar um Fragen nach der Interpretation der Urkunde als Beweismittels. L. 134, §. 1 de V. O. sagt: meistens wird geglaubt, d. h. meistens wird das in der Urkunde enthaltene Geständniß dahin interpretiert, daß nicht schlechtweg z. B. Zehn zu geben promittiert sei, sondern Zehn unter den nähern Bedingungen, unter welchen sie nach der in der praefatio der Urkunde referierten conventio gegeben werden sollten. Sehr natürlich; denn warum sollte sonst diese conventio in der Urkunde referiert sein?[13])

L. 134, §. 2 cod., Paul. R. S. 5, 7, 2 und l. 1 C. de contr. stip. interpretieren Urkunden, in denen Jemand zugestanden hat: „se promisisse", oder: „se spopondisse". Diese Worte können zweierlei bedeuten. Einmal die an sich rechtlich unerhebliche Thatsache, daß der Aussteller gesagt habe: „promitto", „spondeo" u. s. w. Erheblich würde Dies erst sein, wenn man wüßte, daß der Andere auch vorher die betreffende Frage gethan habe. Gerade Dies kann nun zweitens auch schon in jenen Worten zugestanden sein sollen: sie können bedeuten, daß der Aussteller eine ihn *rechtlich bindende* Promission vorgenommen habe, mit andern Worten, daß eine Stipulation unter den Parteien abgeschlossen sei. Von diesen beiden Auslegungen,

---

[12]) In Wahrheit würde freilich diese Schwierigkeit des Gegenbeweises in erheblichem Grade nur da stattfinden, wo nach dem Gesetze der Abschluß des Vertrages vor einem beliebigen Gerichte der Welt geschehen kann, und die Urkunde ganz allgemein irgend einen gerichtlichen Abschluß bescheinigt.

[13]) Vielleicht spricht aber diese Stelle von dem Satze des materiellen Rechtes, daß pacta in continenti facta so anzusehen seien, als wären sie in der Stipulation selbst enthalten: dann würde sie natürlich gar nicht hierher gehören. Vgl. oben §. 2, bei Note 1.

welche beide gleich wörtlich genannt werden dürfen, geben nun obige Stellen, wie natürlich, der zweiten den Vorzug; denn es ist wahrscheinlicher, daß der Aussteller nicht eine für das Recht des Andern an sich bedeutungslose Thatsache, sondern einen obligationsbegründenden Act ihm habe bescheinigen wollen. Ganz ähnlich entscheidet l. 30 de V. O. über die Auslegung einer Urkunde, in welcher das Geständniß abgegeben ist: „se fideiussisse". Dies ist nicht bloß dahin zu verstehen, daß der Aussteller das Wort „fideiubeo" gesprochen habe, sondern daß das Rechtsgeschäft der Fidejussion abgeschlossen sei, d. h. daß u. A. auch von beiden Seiten gewisse Wortformeln ausgesprochen seien.[14])

Ueber l. 7, §. 12 de pact. endlich ist in dieser Beziehung nichts Besonderes zu bemerken, da dort auch die voraufgegangene Frage als ausdrücklich anerkannt vorausgesetzt wird. Der zum Schlusse erwähnte mögliche Gegenbeweis bezieht sich nicht auf die Frage, ob die Wortformeln wirklich ausgesprochen seien — obgleich er auch in dieser Richtung ohne Zweifel zulässig ist —, sondern auf die andere, ob nicht die Parteien trotz der ausgesprochenen Stipulationsworte nur gewollt haben, daß eine exceptio, nicht auch, daß eine Klage aus ihrem Vertrage entspringe, was bei einem pactum de non petendo sehr wohl denkbar ist.

Es fehlt nun aber andrerseits an einem genügenden Grunde, um mit Gneist aus jenen Stellen mehr abzuleiten, als die den Stipulationsurkunden schon nach allgemeinen Grundsätzen zukommende Beweiskraft. Die von Gneist behauptete Fiction könnte entweder als ein Ergebniß der Beweisregel, daß gegen den aus der Urkunde geführten Beweis der Stipulation kein Gegenbeweis außer dem Beweise der Abwesenheit zulässig sei, gedacht werden: oder man könnte sie auch zu einem neuen Satze des materiellen Obligationenrechts for-

---

[14]) Vgl. Vinn. Comm. ad §. 8 I. de fideiuss.: „quoniam de essentia fideiussionis hoc est, ut stipulatio interveniat." — Natürlich ist auch der Satz der l. 30 de V. O. cum grano salis zu nehmen. So haben wir in l. 60, §. 1 D. mand. 17, 1 eine Urkunde, wo Jemand schreibt: „scias — id me mea fide esse iussisse", und doch wird gar nicht daran gedacht, den Aussteller als Fidejussor zu behandeln, sondern er erscheint nur als Mandator. Hier geht nämlich aus dem Zusammenhange hervor, daß jene Worte gar nicht als Anerkennung einer schon geschehenen Fidejussion gemeint sind, sondern die Verbürgung allererst durch sie vorgenommen werden soll („wisse, daß ich hiermit dafür gutgesagt haben will").

mulieren, des Inhaltes, daß eine Obligation (und zwar eine formale) auch daraus entstehe, wenn man einem Gegenwärtigen ein schriftliches Geständniß, man habe ihm auf seine Stipulation versprochen, übergebe. In der einen, wie in der andern Fassung ist aber der Satz für das classische Recht unhaltbar.

Wenn die classischen Juristen durch Stipulationsurkunden so gut wie durch Stipulationen hätten Obligationen entstehen lassen, so müßte entweder in ihren systematischen Uebersichten diese Contractsform miterscheinen, oder falls sie dieselbe etwa nur als eine freiere Form der Stipulation betrachtet hätten, so könnte in ihren Schriften nicht so wie geschehen das Wesen der Stipulation nachdrücklich in den Wechsel mündlicher Rede und Gegenrede gesetzt, und nur beiläufig in jenen wenigen Stellen angedeutet sein, daß man die Stipulation aber auch in ganz anderer Weise, nämlich schriftlich, abschließen könne. In der That würden auch die obigen Stellen, wenn Gneist mit seiner Fiction überhaupt Recht hätte, eher auf ihre Fassung als Beweisregel hindeuten. In dieser Gestalt ist sie nun aber aus innern Gründen für das classische Recht im höchsten Grade unwahrscheinlich. Der Richter sollte im Allgemeinen die erheblichen Thatsachen nur nach seiner, ohne Rücksicht auf positive Regeln zu bildenden, vernünftigen Ueberzeugung feststellen: wie wäre es nun glaublich, daß man ohne jeden erdenkbaren Grund gerade für diese einzige Thatsache der Stipulation an die Stelle der richterlichen Ueberzeugung das Vorhandensein einer irgendwie beschaffenen Urkunde gesetzt hätte? Es wird nun freilich Alles darauf ankommen, ob der Wortlaut der citierten Stellen nicht dennoch zu der Gneist'schen Erklärung nöthigt. Dies ist jedoch keineswegs der Fall. Der §. 8 I. de fideiuss., den Gneist in seine Betrachtung hineinzieht, muß für uns, die wir zunächst nur vom classischen Rechte reden, aus dem Spiel bleiben. Im Uebrigen beruft sich Gneist auf die Ausdrücke „intelligendum" in l. 134, §. 2 de V. O., „perinde habetur, atque" bei Paul. R. S. 5, 7, 2, „credendum est" in l. 1 C. de contr. stip., „videri omnia sollemniter acta" in l. 30 de V. O. Der Sinn ist hier stäts: „es wird durch eine solche Urkunde Das und Das als festgestellt angenommen". So könnte nun allerdings eine Fiction bezeichnet sein; es kann sich aber der Wortbedeutung nach gerade so gut auch um ein durch Gegenbeweis vernichtbares Beweisresultat handeln: eine Auslegung, der wir aus jenen innern Gründen also

den Vorzug zu geben haben. An ihr kann uns auch der wiederkehrende Beisatz: „si res inter praesentes gesta est", oder dgl. nicht irre machen. Mit diesen Worten braucht nicht der einzige zulässige Gegenbeweis angedeutet zu sein; sondern die Hervorhebung dieses Falles erklärt sich als die des praktisch wichtigsten; denn die Fälle werden gewiß selten gewesen sein, wo die Parteien, wenn sie einmal bei einander waren, sich die Mühe nahmen, in Form Rechtens eine Stipulationsurkunde aufzusetzen, aber die viel geringere Mühe der rechtlich nothwendigen Frage und Antwort sich ersparten.

Für das Justinianische Recht ist dagegen selbst eine noch weiter gehende Fiction in Bezug auf Stipulationsurkunden nicht mehr zu leugnen. Es ist möglich, daß jene von Gneist fälschlich für das classische Recht behauptete Fiction schon unter den Kaisern vor Justinianus wirklich in die Praxis eingedrungen war, vielleicht unterstützt durch dieselbe irrige Auslegung der citierten Stellen, die auch Gneist vorgenommen hat: jedenfalls geht aus manchen Anzeichen hervor, daß man geneigt war, die Ausstellung der Stipulationsurkunde als den verpflichtenden Act anzusehen, und daß die Nothwendigkeit der Stipulation überhaupt oft als eine veraltete Förmlichkeit des Rechtes erschien.[15]) Justinianus theilte diese Ansicht so sehr, daß er — nicht etwa alle Verträge ohne Rücksicht auf die Form, oder wenigstens alle in schriftlicher Form abgefaßten klagbar machte, sondern — in l. 14, §. 2 C. de contr. stip. 8, 38 für den Fall, wo eine Stipulation urkundlich bezeugt war, den Gegenbeweis, daß eine oder die andere Partei abwesend gewesen sei, verkümmerte. Nur der Gegenbeweis sollte noch zulässig sein, daß die betreffende Partei während des ganzen Tages, an welchem die Urkunde ausgestellt war, sich nicht in der fraglichen civitas aufgehalten habe.[16]) Es mag dahin gestellt bleiben, ob der einfache Gegenbeweis, daß die Parteien, obwohl praesentes, die Stipulation nicht abgeschlossen hätten, schon vorher in der Praxis grundsätzlich nicht mehr zugelassen wurde, oder ob dieser Fall nur deshalb in der Verordnung gar nicht berücksichtigt wird, weil er praktisch selten war. Jedenfalls kann man nicht bezweifeln, daß er nun nach dieser Constitution so gut ausgeschlossen war, wie der einfache Beweis der Abwesenheit.[17]) Dagegen muß

[15]) Hierfür sind manche Belege von Gneist und Bähr beigebracht.

[16]) Vgl. §. 12 I. de inutil. stip. 3, 19.

[17]) Nach dem princ. war eine der Ansichten, über welche der Kaiser zu ent-

man vernünftiger Weise annehmen, daß der Nachweis körperlicher Unfähigkeit einer der Parteien zur Stipulation, wie durch Taubheit oder Stummheit, die Urkunde immer noch entkräftete; denn sonst würden Stellen wie §. 7 I. de inutil. stip. und l. 1, pr. D. de V. O. keine Anwendung finden.[18]) Außerdem verordnete Justinianus im §. 1 der l. 14 cit., daß, wenn in der Urkunde bezeugt sei, ein Sklave des Klägers habe stipuliert, der Gegenbeweis ganz ausgeschlossen sein solle, sowohl daß die bezeichnete Person kein Sklave des Klägers, als auch daß sie nicht zugegen gewesen sei. Daß hier das „credi omnimodo" wirklich den Ausschluß des Gegenbeweises bedeute, dafür spricht der Beisatz: „et non dubitari, si servus ipse praesto fuerit" etc., und noch unzweideutiger einmal die Vergleichung mit dem „credendum" in §. 2, welches nothwendig diesen Sinn haben muß, und sodann schon die Zusammenordnung dieses Falles mit dem andern, im Eingange des §. 1, wonach offenbar beide nach vermeintlichen Gründen der Zweckmäßigkeit ganz analog behandelt werden sollen.[19])

Ueber die völlige Principlosigkeit dieser Justinianischen Neuerungen braucht kein Wort weiter hinzu gefügt zu werden. Von nun an konnte man gewissermaßen sagen: außer durch Stipulation, entsteht zwischen (nicht tauben oder stummen) Personen, die sich zu irgend einer Zeit eines Tages in derselben civitas aufhalten, eine Formalobligation auch dadurch, daß die eine der andern an diesem Tage urkundlich den Abschluß einer Stipulation bescheinigt, und außerdem zwischen allen Personen ohne Rücksicht auf ihren Aufenthaltsort dadurch, daß die eine einem angeblichen Sklaven der andern auf dessen Stipulation versprochen zu haben urkundlich zugesteht. Für das Justinianische Recht werden also die oben erörterten Stellen des Corpus iuris allerdings in dem Sinne zu verstehen sein, daß im Falle der praesentia (und zwar in der Ausdehnung, welche l. 14, §. 2 C. cit. diesem Begriffe praktisch giebt) der Parteien die beurkundete Stipu-

---

scheiden hatte, „debere ostendi, partes esse praesentes". Außer der Urkunde, in welcher die praesentia schon zugestanden war, noch einen besondern Beweis für dieselbe zu verlangen, war allerdings abgeschmackt; aber die Justinianische Einschränkung des Gegenbeweises ist es gewiß nicht minder.

[18]) Pfordten, Abhandlungen, No. 3, S. 233, Anm. u.

[19]) Vgl. Iustinian. l. 23, pr. C. ad SC. Vell. 4, 29, wo die gleiche Bedeutung des „omnimodo esse credendum" namentlich aus dem Zusatze erhellt: „et non esse ei ad SC. Velleiani auxilium regressum".

lation, auch falls wirklich nicht geschehen, fingiert werde. Darnach ist denn auch §. 8 I. de fideiuss. 3, 20 auszulegen, der die Worte der l. 30 D. de V. O. mit einem Zusatze wiederholt, nach welchem man in demselben mehr als eine bloße Anwendung allgemeiner Beweisgrundsätze scheint suchen zu sollen. Er lautet:

„In stipulationibus fideiussorum sciendum est generaliter hoc accipi, ut, quodcunque scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum: ideoque constat, si quis se scripserit fideiussisse, videri omnia sollemniter acta".

§. 8.

Anhang: das pactum nudum.

Nach einer sehr verbreiteten Ansicht erzeugt nach Römischem Rechte jeder obligatorische Vertrag, der nach dem eigenthümlichen Contractssysteme desselben kein Klagrecht begründet, wenigstens eine Naturalobligation. Ein solcher Vertrag heißt nudum pactum, nuda pactio, nuda conventio.[1]) Diese Gattung der obligatorischen Verträge nun habe ich im Bisherigen ganz außer Acht gelassen, und es wäre daher jetzt noch die Frage aufzuwerfen, ob bei ihnen der Parteiwille über den Rechtsgrund als wesentlicher Bestandtheil des Vertragswillens zu denken ist, oder nicht, ob es nur ein formales pactum nudum, oder unzählige materiell gesonderte pacta nuda giebt.

Nach meiner Ueberzeugung beruht nun zwar jene Ansicht auf einem Mißverständnisse des Römischen Rechtes, und es hat, außer dem formlosen Zinsversprechen, welches als solches natürlich materiell charakterisiert ist, kein pactum nudum auch nur eine Naturalobligation zur Folge. Es ist jedoch nicht meine Absicht, mich an diesem Orte auf diese in neuerer Zeit mehrfach verhandelte Controverse einzulassen, und ich will daher hypothetisch eine Antwort auf die obige Frage zu gewinnen suchen, da dieselbe für das heutige Recht möglicher Weise von Bedeutung sein könnte.

Zunächst wird es darauf ankommen, ob die Stellen, auf welche man jene Lehre zu stützen pflegt[2]), unter der Voraussetzung, daß sie wirklich in diesem Sinne benutzt werden dürfen, zugleich Aufschluß

[1]) L. 7, §. 4. l. 45 D. de pact. 2, 14. l. 8. 15 D. de praescr. verb. 19, 5. l. 10. 28 C. de pact. 2, 3. Paul. R. S. 2, 14, 1.

[2]) S. z. B. Savigny, Obl.-R. Bd. 1, S. 54 f.

über das Verhältniß des pactum nudum zu seinem Rechtsgrunde geben. Ein solcher Aufschluß ist nun aber in ihnen keineswegs zu finden. Sie theilen sich in zwei Classen.[3]) Die erste bilden diejenigen, welche angeblich aussprechen sollen, daß nach natürlicher Billigkeit oder nach ius gentium aus jedem Vertrage eine Verpflichtung entspringen müsse[4]): aus solchen allgemeinen Aeußerungen ist natürlich nicht zu ersehen, welche Stücke des Parteiwillens als integrierende Bestandtheile des Vertragsinhaltes gedacht werden. Die andere Classe besteht aus den Stellen, welche von der Naturalobligation aus einem formlosen Zinsversprechen reden[5]): wenn man annimmt, daß diese auf alle formlosen Verträge auszudehnen seien, so bleibt es zweifelhaft, ob die Kenntniß von dem materiellen Rechtsgrunde des Versprechens, welche diese Stellen für die Entscheidung in concreto ja allerdings voraussetzen, für zufällig, oder für wesentlich zu halten ist.

Die Theorie der durch pactum nudum entstehenden Naturalobligation ist in der That, wenn sie wirklich Römisch sein sollte, jedenfalls auf einer so niedrigen Stufe der Ausbildung stehen geblieben, daß es wohl in Zweifel gezogen werden könnte, ob sie auf die hier aufgeworfene Frage eine Antwort bereit gehabt haben würde. Indessen glaube ich, daß die folgenden Erwägungen nothwendig zur Verneinung der formalen Natur des pactum nudum würden geführt haben. Abgesehen von dem etwanigen modificierenden Einflusse des letztern selbst, wird gewiß Niemand bezweifeln, daß der Gläubiger aus einem Real- oder Consensualcontracte, aus einem Constitutum, aus einem formlosen Schenkungsversprechen u. s. w., wenn er sein Recht nicht klagweise, sondern in einer der den Natural- mit den Civilobligationen gemeinsamen Wirkungen geltend machen wollte, also z. B. wenn er darauf die Einrede der Compensation stützen wollte, den Rechtsgrund des obligatorischen Vertrages gerade so gut mit behaupten

[3]) Diejenigen Stellen, welche von der aus dem pactum entspringenden exceptio reden, wie l. 7, §. 4 D. de pact. 2, 14 und l. 40 D. de R. C. 12, 1, hat schon Savigny a. a. O. als für den von ihm versuchten Beweis unbrauchbar erkannt.

[4]) L. 84, §. 1 D. de R. I. 50, 17. l. 1, pr. D. de pact. 2, 14. Auf der Hand liegt es, daß l. 95, §. 4 D. de solut. 46, 3 jedenfalls mit Unrecht von Savigny hier angeführt wird; denn es wird dort nicht „von dem formlosen pactum ausdrücklich gesagt, daß es vinculo aequitatis sustineturˮ, sondern von der Naturalobligation.

[5]) L. 5, §. 2 D. de solut. 46, 3. l. 3 C. de usur. 4, 32 (bei Savigny steht der Druckfehler „de pactisˮ). l. 11, §. 3 D. de pign. act. 13, 7. l. 4. 22 C. de usur. 4, 32.

und beweisen mußte, wie es zur Begründung seiner Klage erforderlich gewesen wäre. Nun würde aber die Annahme widersinnig sein, daß der Gläubiger aus einem pactum nudum, welches nicht nur nicht, wie die Stipulation, abgesehen von seinem Rechtsgrunde, sondern nicht einmal, wie die eben genannten Verträge, in Verbindung mit demselben eine Klage erzeugen sollte, in Bezug auf die sonstigen Wirkungen der Obligationen besser gestellt gewesen wäre, als der Gläubiger aus einem klagbaren formlosen Vertrage. Wenn also das pactum nudum ein Formalvertrag gewesen wäre, so müßte man nothwendig annehmen, daß auch bei jenen klagbaren Verträgen dem Gläubiger die Wahl freigestanden hätte, ob er sich zum Zwecke z. B. der Compensation auf den ganzen materiell individualisierten Vertrag, oder lieber nur auf das einzele darin enthaltene einfache Versprechen habe berufen wollen: ein Kaufcontract z. B. würde also rechtlich zugleich zum Zwecke der persönlichen Klage als dieses materiell individualisierte Geschäft, und in Bezug auf sonstige Rechtswirkungen als zwei pacta nuda, welche Naturalobligationen begründet hätten, aufzufassen sein. Es bedarf aber weiter keiner Ausführung, daß zu einer so complicierten Auffassung sich gewiß kein Römischer Jurist ohne Noth würde verstanden haben: und damit wäre denn zugleich die materielle Individualisierung der pacta nuda, insofern sie Naturalobligationen begründeten, geboten.

Diese ganze Untersuchung wäre freilich überflüssig gewesen, wenn der Sinn, in welchem Liebe die Worte pactum nudum u. s. w. gebraucht, ihnen ihrer ursprünglichen Bedeutung nach schon zukäme. Er bezeichnet nämlich von vorn herein einen von seiner causa losgetrennten formlosen (einseitigen) Vertrag damit[6]); er scheint stillschweigend vorauszusetzen, daß, da er im Deutschen mit den Worten einfaches Versprechen diesen Begriff verbindet, die Römer jene Ausdrücke in demselben Sinne genommen haben müßten. Obgleich nun gegen Liebe — der übrigens ein Gegner der eben besprochenen Naturalobligation ist — schon Schmid die Unrichtigkeit jenes Sprachgebrauches nachgewiesen hat[7]), hat sich doch Gneist demselben angeschlossen.[8]) In Wahrheit liegt aber nicht einmal die Einseitigkeit,

[6]) Die Stipulation, S. 73. S. 79 ff. u. §. 8 passim, auch S. 346. Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. Bd. 15, S. 197 ff.

[7]) In den Krit. Jahrb. Bd. 10, S. 888 f.

[8]) A. a. O. S. 125 ff. 173. 227.

das unentbehrlichste Merkmal jedes Formalvertrages, mit Nothwendigkeit in jenen Worten angedeutet[9]); denn pactum, pactio und conventio heißen eben nicht Versprechen, sondern Vertrag. Das nudum hat bloß die negative Bedeutung, diejenigen Verträge auszuschließen, welche contractus sind, aus welchen also nach Civilrecht eine Klage entsteht[10]), insbesondere diejenigen, welche nicht durch bloßen Consens, sondern erst durch ein dare oder facere von der einen Seite perfect sind, also die sogenannten Innominatcontracte, bei denen eine „causa" in diesem ganz speciellen, von dem Liebe'schen wohl zu unterscheidenden[11]) Sinne vorhanden ist: inwiefern diese nudae conventiones u. s. w. als Formalverträge zu denken seien, oder nicht, bleibt dabei ganz außer Frage. Es ist freilich wahr, daß das pactum de non petendo, d. h. derjenige Vertrag, wodurch nicht etwa ein Consensualcontract ganz rückgängig gemacht, sondern ein einzeles Forderungsrecht unwirksam gemacht, oder auch eine dingliche Klage ausgeschlossen werden soll, ohne Rücksicht auf seine causa wirkt, also als Formalvertrag angesehen wird.[12]) Mit diesen Verträgen sind auch

---

[9]) Gneist behauptet freilich, eine gegenseitige Zusicherung könnte, da jedes Versprechen ein besonderes pactum bilde, nur durch pacta bezeichnet werden; dagegen hat aber schon Schmidt von Ilmenau, in den Krit. Jahrb. Bd. 21, S. 29, l. 27, §. 2. l. 7, §. 6 de pact. angeführt, wo von einem pactum die Rede ist, welches einen ganzen Kaufcontract aufhebt und wieder erneuert. Für conventio vollends brauchen kaum Stellen wie l. 1, §§. 3. 4. l. 7, pr. §. 1 de pact. citiert zu werden, wo Kauf, Miethe u. s. w. so heißen. Vgl. auch Pfordten, Abhandlungen, No. 3, S. 237. 259 ff.

[10]) Die durch das prätorische Edict klagbar gemachten pacta werden von den Römischen Juristen in diesem Zusammenhange nicht beachtet.

[11]) Vgl. §. 1, Anm. 7.

[12]) S. hierüber Bähr a. a. O. §. 31. Vgl. auch Liebe, Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. Bd. 15, S. 199. — Dies gilt auch vom heutigen Erlaßvertrage, für welchen Kuntze, die Obligation u. s. w. §. 53, Anm. 7, S. 228 f. ohne allen Grund das Gegentheil behauptet. — Auch in Betreff des Römischen pactum de non petendo aber widerspricht Brinz, Pandekten, Abth. 1, §. 148, S. 639 f. Allein mögen auch l. 7, §. 11. l. 27, §. 2. l. 35 D. de pact. 2, 14. l. 15, pr. D. ad leg. Falc. 35, 2 nicht überzeugend für die formale Natur jenes pactum sprechen, so ist doch l. 7 C. de exc. 8, 36, welche in der Abh. II. §. 9 noch näher zu erörtern sein wird, ganz entscheidend. Dagegen zeugt auch nicht l. 51, pr. §. 1 D. de pact. 2, 14; denn diese kann sehr wohl nur von dem materiellen Erfolge reden, ohne sich über die Frage, ob die exc. pacti ipso iure, oder ope replicationis wegfalle, erklären zu wollen. Zu der Ausdrucksweise des §. 1: „neque tibi —, neque ipsi — actionem peremptam", paßt es allerdings vielleicht noch besser, diesen Theil der Stelle nicht

diejenigen ganz gleich zu behandeln, welche nicht direct die Klage ausschließen, sondern den Kläger nachträglich zu einer conneren Gegenleistung, die im ursprünglichen Vertrage nicht begründet ist, verpflichten sollten.[13]) So lange hier der Kläger nicht seinerseits bereit ist, diese Leistung vorzunehmen, hat der Beklagte ein Retentionsrecht: die Klage ist also unwirksam, und insofern wirkt jenes pactum wie ein resolutiv bedingtes pactum de non petendo. Damit wissen wir nun zwar, daß Der, welcher einer Klage darum widerspricht, weil zwischen ihm und dem Kläger ausgemacht sei, daß diese Klage nicht stattfinden, oder daß der Kläger ihm erst noch Etwas leisten solle, weiter Nichts als Dies anzuführen und zu erweisen hatte; aber hiermit ist Nichts über die oben behandelte Frage entschieden, worin das Fundament z. B. einer möglicher Weise aus einer nicht conneren naturalen Gegenforderung herzunehmenden Compensationseinrede, oder einer auf eine Naturalobligation mit zu begründenden actio hypothecaria bestanden haben müßte, falls wirklich zu diesen Erfolgen ein pactum nudum ausgereicht haben sollte.

---

von einem pactum de non petendo, sondern nur von einem Compensationsvertrage zu verstehen, welcher ipso iure tilgend wirkt, aber nur so weit wirklich eine compensable Gegenforderung vorhanden ist. Vgl. unten §. 11, Anm. 71 u. 73.

[13]) Vgl. z. B. l. 7, §. 5. l. 52, §. 2 D. de pact. 2, 14.

Zweiter Abschnitt.

Heutiges Recht.

---

§. 9.

Die Regel: die materiell bestimmten Verträge.

Das Römische Obligationenrecht ist in dem Sinne vollständiger in Deutschland recipiert worden, als wohl irgend ein anderer Theil des Privatrechtes, daß in keinem Rechtstheile so wenig, wie in diesem, deutschrechtliche Eigenthümlichkeiten in particularrechtlicher Form sich erhielten, welche das Herrschaftsgebiet des Römischen Obligationenrechtes mit seinen gemeinrechtlichen Modificationen hätten beeinträchtigen können. Aber auf der andern Seite waren eben die Modificationen, welche das Justinianische Privatrecht bei seiner Reception in Deutschland zu erleiden hatte, wohl schwerlich in einem andern Stücke so beträchtlich, wie gerade im Obligationenrechte.[1]) Insbesondere kann man sich für dieses Rechtsgebiet kaum eine tiefer eingreifende Abweichung denken, als diejenige, welche ungeachtet der Reception fortfuhr, hinsichtlich der vertragsmäßigen Entstehung von Obligationen das Deutsche Recht dem Römisch-Justinianischen gegenüber zu charakterisieren. Wie bekannt, konnte nämlich nach dem Rechte des Deutschen Mittelalters eine klagbare Obligation durch jeden formlosen Vertrag begründet werden: dieser Rechtssatz behauptete

---

[1]) Vgl. Delbrück, in der Münch. krit. Ueberschau, Bd. 2, S. 125 f., und Stobbe, zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts, S. VIII u. S. 2.

sich nun gegen das Römische Recht; der Satz, daß ein obligatorischer Vertrag regelmäßig nur dann eine (klagbare) Obligation erzeuge, wenn er in Form der Stipulation geschlossen sei, ward nicht mitrecipiert, und in Folge davon fiel das ganze Römische Contractsystem in der ihm eigenthümlichen Bedeutung, die Fälle, in welchen (klagbare) Obligationen durch den darauf gerichteten Parteiwillen wirklich geschaffen würden, von denjenigen zu scheiden, wo dieser Erfolg nicht einträte.[2]) Die Thatsache, daß die Stipulation in Deutschland nie praktisch gewesen ist, ist so allgemein anerkannt, daß es keines neuen Nachweises darüber bedarf. Für diese unzweifelhafte Thatsache hat nun aber neuerdings Savigny[3]) eine historische Erklärung gegeben, die ich nicht für richtig halten kann.[4]) Darnach würde es sich nicht sowohl um ein vom Römischen Rechte abweichendes Gewohnheitsrecht handeln, als um das nothwendige Ergebniß des factischen Nichtgebrauches der Stipulation in Deutschland. Da in Deutschland nun einmal die Sollennitäten der Stipulation nicht üblich waren, so verstand es sich, so folgert Savigny, von selbst, daß sie für die Klagbarkeit der Verträge auch nicht erforderlich sein konnten. Schon Andere haben darauf hingewiesen, daß hier die der Reception der Stipulation entgegenwirkende einheimische Rechtsüberzeugung ganz ohne Grund in Abrede gestellt ist.[5]) Dies wird aber um so mehr einleuchten, wenn man sich überzeugt, daß einestheils die von Savigny behauptete bloß factische Nichtübung der Stipulation zur Erklärung des heutigen Rechtszustandes jedenfalls nicht ausreichen

---

[2]) Vgl. v. d. Pfordten, Abh. No. 3. S. 216. 292 ff.

[3]) Obl.-R. Bd. 2, §§. 76. 77. Angedeutet findet sich diese Auffassung schon bei Eichhorn, Deutsches Privatr. §. 92, und Puchta, Pandekten und Vorlesungen, §. 250.

[4]) Dagegen genügt es, für die Widerlegung der Ansicht, daß diese Abweichung vom Römischen Recht im kanonischen begründet sei, auf Savigny a. a. O. S. 234 ff. zu verweisen.

[5]) Vgl. Gerber, Deutsches Privatr. 5. Aufl. §. 158, Anm. 1, S. 386. Stobbe a. a. O. S. 5 ff. 9 ff. Heimbach, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. n. F. Bd. 13, S. 97—104. — Was Heimbach durch die Berufung auf das mittelalterliche Deutsche Beweisrecht zu gewinnen meint, ist mir freilich unklar. Daß der Beklagte das Recht die Schuld abzuschwören hatte, ist für unsere Frage ganz unerheblich; denn wenn etwa nach Deutschem Recht der obligatorische Vertrag nur in einer bestimmten Form gegolten hätte, so würde der Beklagte eben, wo diese nicht vorlag, die Schuld mit gutem Gewissen haben abschwören können.

würde, daß andrerseits aber sogar die Form der Stipulation zu allen Zeiten auch in Deutschland wirklich in Gebrauch gewesen ist. Was den ersten Punct betrifft, so ist die frühere Unbekanntschaft der Deutschen mit andern Römischen Geschäftsformen, wie z. B. dem Testament, durchaus kein Hinderniß gewesen, mit der allgemeinen Reception des Römischen Rechtes auch diese einzuführen: wir würden also doch immer einer besondern Erklärung dafür bedürfen, weshalb es gerade mit der Stipulation anders gegangen sein sollte. Außerdem aber ist jene Savigny'sche Folgerung offenbar innerlich falsch: die Wirkung des bloß factischen Nichtgebrauches der Stipulation könnte in Wahrheit nur darin bestanden haben, daß nun diejenigen Verträge, welche nach Römischem Rechte der Form der Stipulation bedurften, gar nicht wirksam geschlossen werden konnten, nie aber darin, daß sie formlos geschlossen werden konnten.

Die Hauptsache ist nun aber zweitens, daß die äußere Form der Stipulation bei ihrer ungemeinen Einfachheit noch heutzutage außerordentlich häufig gebraucht wird und ohne Zweifel von je her in allen Ländern der Welt gebraucht worden ist. Denn sie ist jedesmal vorhanden, wo von zwei gegenwärtigen Contrahenten der eine den andern etwa so fragt: „du versprichst mir also Das und Das zu leisten?" oder etwas Aehnliches, und der Gefragte sofort bejahend darauf antwortet[6]); das Streben nach einer bestimmten Formulierung des Vertragsconsenses führt nun aber sehr oft ganz von selbst zur Anwendung dieser Form. Also gerade factisch war die Form der Stipulation sicher auch in Deutschland in Uebung; nur war die Stipulation kein besonderes, von jedem andern obligatorischen Vertrage unterschiedenes Rechtsinstitut: und eben darin, daß auch nach der Reception des Römischen Rechts jener Form diese besondere rechtliche Bedeutung nicht zugetheilt wurde, kann nur die Wirkung eines eigentlichen Deutschen Gewohnheitsrechtes gefunden werden, welches allen obligatorischen Verträgen ohne Rücksicht auf die Form gleiche Kraft beilegte.[7]) Es versteht sich von selbst, daß wie die eigentliche

[6]) Nach Savigny's Ansicht, daß nach Leo's l. 10 C. de contr. stip., oder gar schon früher die Form der Stipulation nur noch in mündlicher Rede und Gegenrede bestanden habe (vgl. §. 2, Anm. 3), würde sie im heutigen Verkehr sogar noch häufiger vorkommen.

[7]) Daher kann auch, wie man immer über den legislativen Werth der Gültigkeit formloser Verträge denken möge, jedenfalls Nichts unbegründeter sein, als der Vor-

Stipulation, so auch die fingierte der Justinianischen l. 14 C. de contr. stip., da sie ja die Existenz der wirklichen Stipulation im Rechtssystem zur Voraussetzung hat, nicht in Deutschland recipiert ist.

Diese Abweichung vom Justinianischen Recht führt auch im Vergleich mit dem letztern gewiß den bedeutenden praktischen Nachtheil nicht mit sich, den Savigny und Puchta ihr zuschreiben. Wie die so überaus leichte Stipulationsform zur Verhütung von Uebereilungen dienlich gewesen sein sollte, ist nicht wohl einzusehen: und wäre sie es auch gewesen, wie sie denn gewiß sehr brauchbar war, um den obligatorischen Willen außer Zweifel zu setzen, so gingen diese Vortheile bei den gewöhnlichsten Verträgen, wie Kauf und Miethe, nach Justinians Verordnung sogar beim Schenkungsversprechen, doch verloren. In der Häufigkeit der genannten beiden Consensualcontracte findet Savigny[8]) gewiß mit Unrecht einen Grund, weshalb bei ihnen die Gefahr der Uebereilung weniger groß sein sollte. Und wenn bei ihnen die Besonderheit des Namens dazu dienen soll, die Thatsache der ernstlichen Willenserklärung außer Zweifel zu setzen, so ist einzuwenden, daß ja gerade der Punct zweifelhaft geblieben sein kann, ob die Parteien von der erklärten Absicht, alsbald ein Geschäft, genannt Kauf, abzuschließen („ich will kaufen"), zum wirklichen Abschlusse desselben übergegangen sind.[9])

An diesem Orte fragt es sich nun aber hauptsächlich, in welchem Sinne die mit dem Wegfallen der Stipulation eingetretene Klagbarkeit aller formlosen obligatorischen Verträge in das Römische Obligationenrecht, welches ja doch im Ganzen und Großen auch das

---

wurf, den Puchta a. a. O. der Deutschen Rechtsbildung früherer Jahrhunderte macht, daß man entweder nicht die Kraft, oder nicht die Einsicht gehabt habe, zum Ersatze für die Römische Stipulation eine zeitgemäße allgemeine Vertragsform zu schaffen. Wenn man eine solche Form überhaupt gewollt hätte, so brauchte man sie nicht erst zu schaffen, sondern hätte einfach der Römischen, auch in Deutschland ohne Zweifel vielfach üblichen ihre bevorzugte Stellung lassen können. Schwerlich wird man auch in dieser einfachen Frage- und Antwort-Form, namentlich in ihrer spätern Abschwächung, einen besonders charakteristischen Ausdruck Römischer nationaler Eigenthümlichkeit finden können.

[8]) A. a. O. S. 226. — Hinsichtlich des Schenkungsversprechens weiß auch Savigny (S. 203 f.) selbst keinen ähnlichen Ausweg.

[9]) In ähnlichem Sinne spricht sich Beseler, System des Deutschen Privatr. Bd. 2, §. 119, S. 285, aus, der übrigens selbst kein Freund des heutigen formlosen Vertrages ist.

heutige Obligationenrecht darstellt, einzuordnen ist. Hier ist eine doppelte Möglichkeit. Das Römische Contractsystem war aus zwei verschiedenartigen Bestandtheilen zusammengesetzt, aus Formalcontracten und materiell individualisierten Verträgen; es lag eine doppelte Beschränkung in demselben, einmal daß der obligatorische Vertrag *als Formalcontract* nur dann gültig war, wenn er in die Form der Stipulation (oder der Stipulationsurkunde) eingekleidet war, sodann daß von allen *materiell bestimmten Verträgen* nur gewisse ohne Rücksicht auf die Form wirksam waren. Von diesen beiden Beschränkungen ist die zweite durch die anerkannte Klagbarkeit *aller* obligatorischen Verträge gewiß beseitigt; aber es bleibt die Frage: *bedarf* es zur Begründung einer Klage überhaupt noch des Zurückgehens auf den Rechtsgrund des Verpflichtungswillens? — Dies würde der Fall sein, wenn, in Bezug auf den erstern Punct, die Stipulation als Rechtsinstitut, ohne durch das einfache Versprechen ersetzt zu werden, verschwunden wäre, so daß also der obligatorische Vertrag *nicht einmal* in Form der Stipulation noch als Formalcontract gälte; aber ist nicht vielmehr gerade auch hier jene Beschränkung weggefallen? und gilt nicht nach heutigem Recht jeder obligatorische Vertrag ohne Rücksicht auf den Rechtsgrund so viel, wie im Justinianischen Rechte die Stipulation? — Mit andern Worten: erkennt das heutige Obligationenrecht das einfache Versprechen als Formalcontract an? oder giebt es bei uns nur eine unbegrenzte Menge von materiell individualisierten obligatorischen Verträgen, von Consensual- und Realcontracten im Römischen Sinne?

Diese Frage könnte überhaupt kaum aufgeworfen werden, wenn schon im Römischen Recht das einfache Versprechen, das pactum nudum *als Formalcontract* eine Obligation, wenn auch nur eine klaglose, begründet hätte. Offenbar würde dann die Abweichung des heutigen Rechtes nur darein zu setzen sein, daß diese Naturalobligationen des Römischen Rechtes bei uns mit einem Klagrechte verbunden seien. Aber abgesehen von der Zweifelhaftigkeit jener Wirkung des pactum nudum überhaupt, ist oben (§. 8) nachgewiesen, daß der individuelle Rechtsgrund jedenfalls als wesentlicher Bestandtheil desselben anzusehen sein würde. Unter dieser Voraussetzung nun wäre unsere Frage immer noch nicht erledigt, selbst wenn wir für das Römische Recht die Naturalobligation aus dem pactum nudum anerkennen wollten; denn während der Sinn jenes Deutschen Gewohnheitsrechtes allerdings

mindestens der sein müßte, daß dieselben Verträge, welche bei den Römern nur klaglose Obligationen erzeugten, bei uns klagbare hervorbringen, so könnte ihm doch noch die weitere Bedeutung zukommen, daß das formale Recht der Stipulation auf das formlose Versprechen übertragen, und dadurch der Gläubiger in Betreff der Begründung seiner Forderung noch vortheilhafter gestellt sei.

Zunächst sollte man nun meinen, über diese Frage Aufschluß bei denjenigen ältern Schriftstellern, namentlich Praktikern, zu erlangen, welche Zeugen für das betreffende Deutsche Gewohnheitsrecht sind. In Wahrheit jedoch würde man nach Aussprüchen, welche eine directe Erklärung darüber enthielten, bei ihnen ganz vergeblich suchen. Bald liest man dort, aus jedem nudum pactum werde heutzutage eine Klage gegeben, bald, die Stipulation könne bei uns in jeder Form geschlossen werden, oder sie werde durch das pactum nudum ersetzt[10]); aus der einen, wie aus der andern Ausdrucksweise können wir aber die von uns gesuchte Entscheidung schon deshalb nicht entnehmen, weil es jenen Schriftstellern an aller Einsicht in die formale Natur der Stipulation und den Gegensatz, der in dieser Beziehung zwischen ihr und den übrigen klagbaren Verträgen des Justinianischen Rechtes obwaltet, fehlt, und ihnen daher die Möglichkeit, dem von ihnen bezeugten Gewohnheitsrechte einen doppelten Sinn unterzulegen, gar nicht zum Bewußtsein gekommen ist. Besonders hervorgehoben zu werden verdienen in dieser Beziehung die Aeußerungen von Carpzov in der Iurispr. for. 2, 19, 17, n. 3—8. Nachdem er angegeben hat, bei uns komme auf die Form der Stipulation Nichts an, sie komme z. B. auch dadurch zu Stande, daß Einer zum Andern, ohne gefragt zu sein, das Wort „dabo" spreche, fährt er fort:

„Et in effectu parum refert, an stipulationem hodie ut stipulationem, vel ut pactum nudum valere velis, cum de iure canonico et moribus nostris Saxonicis etiam ex nudo pacto competit actio".

Von verschiedenen doctrinellen Ansichten über unsere Frage kann

---

[10]) Zasii Paratitl. ad tit. D. de pact. n. 23 (leitet die Klagbarkeit der formlosen Verträge lediglich aus dem kanonischen Rechte her). Carpzov. Decis. P. 2, dec. 146, n. 14. Iurispr. for. 2, 19, 17, n. 3—8. Brunnemann ad l. 7 de pact. n. 5. Vinnius ad §. 1 I. de V. O. Hamberger, de non usu stipul. c. 3. Schilter, Praxis iur. Rom. Exerc. 8, th. 2. 5. Stryk, Usus mod. ad Dig. lib. 2, tit. 14. n. 1—4. lib. 45, tit. 1. n. 1. Leyser, Meditt. Spec. 39, med. 4. J. H. Boehmer, Ius eccles. Prot. 1, 35, 6.

eigentlich erst von da an die Rede sein, seitdem zuerst Liebe[11]) die eigenthümliche Bedeutung der Stipulation als Formalcontractes scharf hervorgehoben hat.

Liebe selbst hat nun das einfache Versprechen für einen Formalcontract des heutigen Rechtes erklärt, aber offenbar ohne genügende Begründung. Obgleich er aus innern, „naturrechtlichen" Gründen, die hier nicht erörtert werden sollen, wunderlicher Weise eine solche Wirkung des einfachen Versprechens für widersinnig erklärt[12]), glaubt er sie für unser positives Recht dennoch nicht in Abrede stellen zu können[13]), weil er vermöge einer petitio principii als unzweifelhaft annimmt, daß das einfache Versprechen bei uns völlig die Stelle der Stipulation vertrete. Da er sich das fragliche Gewohnheitsrecht so formuliert hat: „pacta nuda begründen heutzutage Obligationen", so ist dabei das oben (§. 8) widerlegte Mißverständniß mitwirkend,

---

[11]) Wenigstens in neuerer Zeit. Vereinzelte richtige Darstellungen der Stipulation in ihrer formell obligierenden Kraft, welche schon bei Aeltern vorkommen, wie z. B. die des Joannes de Blanosco bei Joann. Andreae Addit. ad Durant. Spec. Lib. 2. P. 2 de confession. §. 3. voc. similibus, waren nicht beachtet. Für die neuere Zeit liefert ein sprechendes Beispiel der über diesen Punct herrschenden Unklarheit von der Pfordten, in seinen 1840, ungefähr gleichzeitig mit Liebe's „Stipulation", erschienenen „Abhandlungen". Nachdem er richtig erkannt hat (No. 3, S. 216), daß das Wegfallen der Nothwendigkeit der Stipulation für die Klagbarkeit der Verträge einen neuen Aufbau des heutigen Vertragssystems erforderlich macht, will er (S. 292), daß wir „auf römischem Boden unser heutiges Princip dadurch construiren, daß wir die Klagbarkeit der Consensualcontracte mit dem prätorischen Edikte über die pacta verbinden". Dabei fehlt es aber an jeder Untersuchung, ob nicht etwa der prätorischen Auffassung der pacta ein von dem der Consensualcontracte ganz verschiedenes Princip zu Grunde liege: und bei der Systematisierung des heutigen Obligationenrechtes wird dann unter den „einseitigen Versprechungen" (No. 4, S. 309) z B. die Schenkung, also ein materiell bestimmter Vertrag, speciell hervorgehoben, zugleich aber für die Klage der allgemeine Name „actio ex stipulatu" vorgeschlagen. Kein Wunder also, daß Pfordten (No. 3, S. 299) über die Frage, ob bei uns die Verträge so zu betrachten seien, wie die Römischen Stipulationen, oder wie die Consensualverträge, sich dahin äußert: in beiden Ausdrucksweisen liege etwas Wahres!

[12]) Stipulation, S. 74 ff. Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. Bd. 15, S. 200 f.

[13]) Stipulation, §§. 8. 30. — Vor Liebe hat mit Bestimmtheit Cropp, jur. Abh. Bd. 1, No. 18, S. 362, dem einfachen Versprechen diese Eigenschaft beigelegt, jedoch nur beiläufig, und offenbar ohne sich auch nur die subjective Möglichkeit einer andern Auffassung klar gemacht zu haben. Im Uebrigen trifft auch hier zu, was §. 4, Anm. 6 und §. 6, Anm. 21 wegen der Ansicht Cropp's über den Einfluß der exc. doli nach l. 25, §. 4 D. de prob. u. l. 13 C. de n. n. p. bemerkt ist.

daß „pactum nudum" ein einfaches Versprechen ohne Beziehung auf eine causa bedeute. Mit Liebe stimmen in der Auffassung des heutigen Rechtes überein Windscheid[14]), Rudorff[15]) und Savigny.[16]) Neue Gründe sind von keinem derselben beigebracht: alle glauben die Sache damit abgethan, daß die Stipulation bei den Römern ohne Rücksicht auf ihren Rechtsgrund gewirkt habe, indem sie sich derselben petitio principii, wie Liebe schuldig machen. Für Windscheid und Rudorff, welche für das Justinianische Recht Gneist's Auslegung der l. 25, §. 4 D. de probat. angenommen haben, müßte freilich die formale Natur des einfachen Versprechens praktisch als ziemlich bedeutungslos gelten, da nach ihnen im Justinianischen Rechte auch bei der Stipulation der Beklagte durch einfaches exceptivisches Verlangen (durch exceptio doli) den Kläger zum Nachweise eines Rechtsgrundes nöthigen konnte, und sie durchaus keinen Grund angeführt haben, weshalb diese Bestimmung bei uns nicht analog angewandt werden sollte.

Näher liegend ist es in der That für Den, welcher einmal von der erwähnten Auslegung der l. 25, §. 4 cit. ausgeht, für unser Recht von vorn herein einen Rechtsgrund für ein wesentliches Erforderniß des obligatorischen Vertrages zu erklären. So lehrt denn auch Gneist[17]) in directem Gegensatze zu den eben Genannten: während es bei den Römern erst des Umweges einer doli exceptio bedurft habe, um die materielle causa zur Geltung zu bringen, so falle dieser Umweg bei uns weg: er erkennt also für das heutige Obligationenrecht nur materiell bestimmte Verträge an. Die von ihm gegebene Begründung ist freilich völlig unhaltbar; sie geht dahin: der Wille sei das „Substanzielle" sowohl für Formal-, als für Materialcontracte, der Wille, welcher sich als bewußter Wille durch eine causa mani-

[14]) Voraussetzung, S. 199, Anm. 7.

[15]) Zu Puchta's Pandekten, §. 257, Anm. g.

[16]) Obl.-R. Bd. 2, §. 78. Aus meinem obigen Berichte über Liebe's Ansicht geht hervor, daß auch in Bezug auf das heutige Recht letzterer nach meiner Meinung von Savigny falsch verstanden ist, der sich auch hier im Gegensatze zu ihm glaubt (vgl. §. 3, Anm. 11). Freilich möchte ich beinahe bezweifeln, daß Savigny die zu entscheidende Frage ganz scharf aufgefaßt hat; denn was er im §. 77, S. 241 sagt: „die Stipulation war nun zusammengefallen mit den Consensualcontracten und dem pactum nudum", scheint doch mit seiner eignen Darstellung im §. 78 nicht vereinbar zu sein.

[17]) Form. Verträge, S. 226 f.

festiere; diese causa werde bei formellen Verträgen fingiert; solche Fictionen seien nun aber unserm Deutschen Rechtsbewußtsein fremd. Hiergegen ist Folgendes einzuwenden. Wenn auch Der, welcher eine Vermögensübertragung will, nothwendig dazu auch einen Rechtsgrund wollen muß, so ist doch gar nicht einzusehen, warum das positive Recht den Willen der Contrahenten über den Rechtsgrund gerade als Bestandtheil des Vertragswillens selbst auffassen müßte, und ihn nicht, abgesehen von allen Fictionen, eben so gut als ein neben dem letztern hergehendes Moment von rechtlicher Bedeutung gelten lassen könnte: und zwar um so weniger ist Dies einzusehen, als unser positives Recht auf die Veräußerung dinglicher Rechte[18]), so wie auf die vertragsmäßige Tilgung von Obligationen diese letztere Auffassung wirklich anwendet. So ist denn in der That in Bezug auf die Römische Stipulation die Fiction eines Darlehens auch nur eine grundlose Hypothese.[19]) Abgesehen von dieser falschen Begründung aber, erscheint es allerdings durchaus consequent, Das, was nach Gneist der Prätor auf dem Umwege der exceptio für die Stipulation durchgeführt haben soll, für den heutigen formlosen Vertrag, da die Stipulation mit ihrer bloß civilrechtlich noch formalen Natur bei uns doch weggefallen ist, eben ipso iure eintreten zu lassen.

Wenn nun aber, wie oben (§§. 3 u. 4) gezeigt, Gneist's Lehre von der exceptio doli als irrig zu verwerfen ist, so fällt also dieser Grund, uns für die materiell individualisierende Auffassung zu erklären, für uns weg. Dennoch darf diese wohl für das heutige Recht als die herrschende bezeichnet werden, und es haben sich derselben namentlich folgende Schriftsteller angeschlossen, von denen nur einzele auch über das Römische Recht mit Gneist übereinstimmen, einige sich aber auch ausdrücklich gegen ihn erklärt haben: Schmid[20]), Sintenis[21]), Puchta[22]), Thöl[23]), Gerber[24]), Stobbe[25]), Heim-

[18]) Gneist ist in diesem Puncte freilich anderer Meinung; vgl. §. 1, Anm. 16.

[19]) Vgl. §. 2, Anm. 25.

[20]) In den Krit. Jahrb. Bd. 10, S. 888—904 (Recension von Liebe's „Stipulation").

[21]) Pract. gem. Civilr. Bd. 2, §. 96, S. 254—258.

[22]) Pandekten, und Vorlesungen, §. 257.

[23]) Handelsr. Bd. 1, Aufl. 3. §. 125, Anm. 2b, und Bd. 2, §. 149, Anm. 1, u. §. 181.

[24]) Deutsches Privatr. §. 158.

[25]) Zur Gesch. des Deutschen Vertragsr. S. 7. S. 11, Anm. 3.

bach[26]), Kuntze[27]), Brinz.[28]) Die Frage ist freilich nicht von allen ganz richtig gestellt[29]); auch hat die Mehrzahl der genannten Schriftsteller nur ihre Meinung ausgesprochen, ohne eine Begründung derselben zu geben; eine solche findet sich dagegen bei Schmid und Heimbach.[30]) Obwohl nun, wie ich glaube, Schmid einiges werthvolle Material für die Entscheidung beigebracht hat, so scheint mir doch auch nach seinen Ausführungen eine neue Begründung dieser Ansicht, welche auch ich für die richtige halte, nicht überflüssig.

Es kann hier, wie anderswo, der Erkenntniß der Wahrheit nur förderlich sein, gewisse schlechte Gründe, mit denen man sie hat stützen wollen, in ihrer Unhaltbarkeit darzustellen. Hierher zähle ich vor allen Dingen die Berufung auf Aussprüche der Deutschen Rechtsbücher des Mittelalters. Da die hier besprochene Eigenthümlichkeit des heutigen Obligationenrechtes wesentlich darauf beruht, daß der formlose obligatorische Vertrag des ältern Deutschen Rechtes sich gegen das Römische Recht behauptet hat, so würde allerdings aus der Auffassung, die das Deutsche Mittelalter dem Verhältnisse dieses Vertrages zu seinem Rechtsgrunde nachweisbar hätte angedeihen lassen, ein gewichtiges Moment für die Feststellung des heutigen Grundprincips zu entnehmen sein: — wenn eben nur irgend eine bestimmte Auffassung dieses Verhältnisses aus den mittelalterlichen Rechtsquellen überhaupt nachgewiesen werden könnte. Freilich finden Schmid und Heimbach die materiell sondernde Auffassung der obligatorischen Verträge in dem Sachsenspiegel 3, 41, 4, der Deutschen Glosse zu dieser Stelle, dem Rechtsbuch nach Distinctionen 3, 10, 1, dem Richtsteig Landrechts 6 u. 41, wo von Einem, der um Schuld klagt, verlangt wird, daß er dem Beklagten auf Befragen sage, „von welcher Sache er es ihm schuldig sei" (Richtst. 6); „denn auf allerhand Verpflichtung gehöret nicht einerlei Widerrede oder Auszug: darum muß

[26]) Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. n. F. Bd. 13, S. 104—112.

[27]) Die Oblig. u. die Singularsuccession, §. 53, Anm. 7, S. 228 f., u. §. 61, S. 254.

[28]) Lehrb. der Pandekten, Abth. 1, §. 100, S. 424 f.; vgl. auch §. 116.

[29]) So z. B. sollte man nicht fragen, ob ein Versprechen, welches keine (subjective) causa habe, gültig sei — denn ein solches Versprechen giebt es nicht —, sondern vielmehr, ob ein Versprechen, außer Beziehung zu seiner causa gedacht, für sich allein schon eine Obligation begründe.

[30]) Und zwar bei diesem eine von der Gneist'schen Auslegung der l. 25, §. 4 de prob., der übrigens auch er anhängt, völlig absehende.

er es ihm eigentlich berichten" (Gl. zum Sachsenssp.); aber woher weiß man denn, daß zu dieser nähern Angabe des Klaggrundes, falls derselbe in einem obligatorischen Vertrage bestand, gerade auch die Angabe des Rechtsgrundes nothwendig gehörte, und daß die Nennung eines bestimmten, näher bezeichneten einfachen Versprechens nicht genügte? — In der That verlangt auch der Sachsenspiegel nur die Erklärung, ob „er es von Gelübde schuldig sei, oder von Erbe", und der Richtsteig Cap. 6: „von welcher Sache unter diesen vieren er es ihm schuldig sei", und „diese vier" sind: „Borgen, Gelübde, Erbe, Unterwindung": doch gewiß keine erschöpfende Classification der Obligationsgründe, und noch viel weniger eine Classification der obligatorischen Verträge nach ihrem Rechtsgrunde![31]) Auch daraus, daß, wie Heimbach anführt, nach dem Sachsenssp. 1, 6, 2 der Erbe für Diebstahl, Raub und Spielschulden des Erblassers nicht haftet, und daß nach andern Rechtsquellen[32]) Spielschulden überhaupt klaglos sind, der darum Verklagte nicht zu antworten braucht, und der Richter darüber nicht richten soll, ergiebt sich Nichts für unsere Frage. Das Einzige, was in dieser Beziehung überhaupt in Betracht kommen kann, sind die Spielschulden; denn Diebstahl und Raub haben mit dem Vertragsrechte Nichts zu thun. Was nun die erstern betrifft, so scheinen allerdings die angeführten Bestimmungen zum Theil[33]) vorauszusetzen, daß der Charakter des Vertrages als Spielvertrages

---

[31]) Bei dem „Borgen" ist an jede selbständige vertragsmäßige (creditierte) Geldforderung, bei dem „Gelübde" speciell an Bürgschaften gedacht, wie auch eine Vergleichung der Cap. 7—9 ergiebt. Die Verpflichtung des Erben für die Schulden seines Erblassers bis zum Belaufe der fahrenden Habe ist bei dem Mangel des Princips der Universalsuccession als eine besondere quasicontractliche Obligation zu denken. Außer andern fehlen auch die Delictsobligationen (auf „Buße"), diese, weil sie im Richtsteig nur beiläufig bei andern „bürgerlichen", so wie bei den „vermengten" Klagen vorkommen. Dagegen ist die Klage wegen „Unterwindung" überhaupt nicht einmal mit Nothwendigkeit eine persönliche, sondern sogar meistens eine dingliche: sie ist nämlich die Klage „um Gut" (die „schlichte" Klage ohne „Anfang", nach Richtst. Cap. 11. Ssp. 1, 15) und die Klage „um Anfang", welche im Cap. 5 der Klage „um Schuld" entgegengesetzt, im Cap. 6 aber also unter der letzten Bezeichnung mitbegriffen werden. Vgl. Homeyer, der Richtst. Landr. S. 47 f., Anm., und zu Cap. 6, S. 109 f.

[32]) Magdeb. Bresl. Schöffenr. Art. 51. Sächs. Weichb. Art. 101. Rechtsb. nach Dist. 4, 36, 9.

[33]) Auf die citierte Stelle des Sachsenspiegels trifft nicht einmal diese Bemerkung zu.

schon aus dem eignen Vorbringen des Klägers sich ergebe; aber wenn man bedenkt, daß bei diesem Vertrage das obligatorische Versprechen, mag es formal, oder im Zusammenhange mit dem Rechtsgrunde, nämlich dem gleichartigen Versprechen des Gegners, aufgefaßt werden, ein von den Spielereignissen bedingtes ist, so kann man jene Voraussetzung selbst dann erklärlich finden, wenn nach mittelalterlichem Recht in der Behauptung eines Versprechens (Gelöbnisses) schlechthin eine genügende Angabe des Klaggrundes gelegen haben sollte.

Eben so bedeutungslos ist für uns eine von Schmid angeführte Stelle des kanonischen Rechtes, nämlich Gregor's IX. Entscheidung in c. 3 X. de lib. obl. 2, 3, daß der Kläger in der Klagschrift angeben müsse, „quare sibi dicta pecunia deberetur": auch hier entsteht gerade der Zweifel, ob ein einfaches Versprechen nicht für sich schon eine genügende causa debendi ist.

Ganz werthlos endlich ist Heimbach's Argumentation: da obligatorische Verträge aus manchen causae ungültig seien, so müsse der Kläger natürlich eine erlaubte causa speciell anführen und erweisen, damit der Richter erkennen könne, ob dem Versprechen nicht eine verbotene zu Grunde liege. Hiergegen genügt es auf den §. 1 zu verweisen, wo bereits ausgeführt ist, daß sich eben der Einfluß solcher Verbote in Bezug auf die Beweislast verschieden gestaltet, je nachdem der Vertrag formal, oder in seiner materiellen Besonderheit aufgefaßt wird. So galten ja in der That auch jene Verbote schon der Römischen Stipulation gegenüber, aber so, daß sich der Beklagte erst seinerseits darauf berufen mußte[34]): und ob unser einfaches Versprechen hierin nicht der Stipulation gleichstehe, Das ist gerade die zu entscheidende Frage.

Ohne eine innere Nothwendigkeit für sich zu haben, scheint mir nun aber allerdings die verneinende Entscheidung aus gewissen Momenten der täglichen heutigen Praxis sich ganz unzweifelhaft als die richtige zu ergeben. Ich meine die processualische Behandlung, welche jeder Praktiker, ohne nur an eine andere Möglichkeit zu denken, den gangbarsten obligatorischen Geschäften, namentlich den gegenseitigen Obligationen, angedeihen läßt. Es ist bekannt, daß täglich in

---

[34]) In diesem Puncte ist nun freilich Heimbach (mit Gneist) anderer Meinung; aber jedenfalls wird er es nicht sein in Bezug auf Eigenthumsübertragungen, von denen noch heutzutage ganz Analoges gilt.

den Gerichten Klagen erhoben werden, welche sich z. B. auf Kauf- oder Miethverträge stützen, und daß, wenn Dies geschieht, kein Gericht die Erwähnung der speciellen Natur des Vertrages für etwas Ueberflüssiges ansieht, daß vielmehr, wenn der Beklagte z. B. das Versprechen der eingeklagten Summe zwar an sich zugesteht, aber nur als Bestandtheil eines andersartigen Vertrages, aus dem ihm noch Gegenansprüche zuständen, stäts dem Kläger unbedenklich der Beweis des von ihm behaupteten materiell individualisierten Vertrages auferlegt wird: und doch würde in dem Abschlusse eines Kaufes oder einer Miethe zugleich auch ein einfaches Versprechen, das für sich schon zur Begründung der Klage ausreichte, gefunden werden müssen, wenn dieses bei uns die Stelle der Stipulation verträte; denn auf die Form, in der ein solches gegeben wird, soll, Das ist ja hier unsere Voraussetzung, keinenfalls etwas ankommen. Die Ausrede, daß jene Behandlung vielleicht nur dann einzutreten habe, wenn der Kläger nach freier Wahl, statt auf das einfache Versprechen, sich auf den Kauf oder die Miethe gestützt habe, würde nicht nur an sich bedenklich sein, sondern sich auch nach der folgenden Erwägung als unmöglich darstellen. Ohne Zweifel wird nämlich jeder Jurist, der über den hier verhandelten Punct theoretisch nicht nachgedacht hat, die Frage, ob es z. B. dem Verkäufer oder Vermiether auch nur freistehe, seine Geschichtserzählung so zu fassen: „der Beklagte hat mir Zehn zu geben versprochen", ohne Zögern verneinen. Der beste Beweis hierfür liegt jedenfalls schon darin, daß in unzähligen Fällen, wo der Kläger die exceptio non adimpleti contractus zu erwarten hat, selbst wenn er oder sein Anwalt ein arger Chicaneur ist, dennoch die Klage aus dem Kauf- oder Miethvertrage wirklich angestellt wird, während doch die Klage aus dem einfachen Versprechen den Kläger in die angenehme Lage versetzen würde, jede Verpflichtung zu einer Gegenleistung ruhig ableugnen und den gegnerischen Beweis derselben abwarten zu können.

Vielleicht werden selbst diejenigen Juristen, welche Anhänger des formalen einfachen Versprechens sind, im Grunde die Existenz und die Richtigkeit dieser Praxis nicht bezweifelt haben[35]); vielleicht wird

---

[35]) Liebe (Stipulation, S. 370) erkennt sogar für unsere den Römischen Innominatcontracten analogen gegenseitigen Consensualverträge die materielle Auf-

Mancher es sogar recht überflüssig finden, daß ich so außerordentlich triviale Dinge in solcher Breite vorgetragen habe. Meine Entschuldigung liegt darin, daß Keiner, der eine so specialisierte Klage aus dem Kaufe oder der Miethe für eine rechtliche Nothwendigkeit hält, jemals auf den Gedanken kommen dürfte, als gälte bei uns jedes einfache Versprechen ohne Rücksicht auf den Rechtsgrund. Denn man wird doch nun nicht wohl einwenden wollen, hier liege ja eben kein einfaches Versprechen, sondern ein Kauf, eine Miethe vor. Wer diesen Einwurf vorbrächte, in Dessen Anschauung würde unvermerkt das Versprechen, welches ohne Rücksicht auf die causa verpflichten soll, aus einem formlosen sich in ein an eine bestimmte Form gebundenes verwandelt haben. Denn Versprechen ohne gewollten Rechtsgrund giebt es nicht: jener Einwendung könnte also höchstens die Anschauung zu Grunde liegen, daß das sogenannte einfache Versprechen ein Versprechen sei, welches in einem abgesonderten Satze außer Verbindung mit der (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Erklärung über den Rechtsgrund ausgesprochen oder hingeschrieben ist. Wie Dies nun einerseits nicht als die wahre Meinung der Vertreter des formalen einfachen Versprechens gelten darf, so würde andrerseits die Ansicht, daß gerade das in der eben erwähnten Form gegebene Versprechen ein Formalcontract sei, falls dennoch Jemand ihr anhangen sollte, jedenfalls ganz unhaltbar sein; denn aus welchen schriftstellerischen Zeugnissen, aus welchen gerichtlichen Erkenntnissen könnte das Gewohnheitsrecht nachgewiesen werden, welches dieser besondern Vertragsform eine eigenthümliche Wirkung beigelegt hätte? Noch weniger können wir jenen Rechtslehrern die wo möglich noch hinfälligere Ansicht unterlegen, daß freilich diejenigen formlosen Verträge, welche in Verbindung mit dem Rechtsgrunde schon bei den Römern Obligationen erzeugten, bei uns diesen Charakter behalten hätten, aus andern Verträgen aber auch ohne Anführung des Rechtsgrundes geklagt werden könne, daß also bei diesen heutzutage der Gläubiger besser gestellt sei, als bei den erstern. Endlich würde es auch an jeder Veranlassung fehlen, etwa nach dem Gegenstande der Obligation eine Grenze zu ziehen, und während man eine Klage aus dem einfachen Versprechen, eine Summe Geldes zu geben, für unzulässig er-

---

fassung ausdrücklich als die in der Praxis herrschende an, ohne sie für verkehrt zu erklären.

klärte, das Versprechen, ein Rechtsgeschäft für einen Andern abzuschließen, oder durch Hingeben von Geld einen Darlehnsvertrag zu contrahieren, als Formalcontract zu behandeln[36]: wo sollte denn auch, wenn man sich selbst über den Mangel jeder äußern Begründung einer solchen Unterscheidung hinwegsetzen wollte, die Grenze gezogen werden?

Mit der unveränderten praktischen Anwendung der materiell individualisierten Verträge des Römischen Rechtes als solcher ist daher nothwendig für alle obligatorischen Verträge als Regel die materielle Sonderung gegeben, die Geltung des einfachen Versprechens an der Stelle der Stipulation ausgeschlossen.[37]) Wer aus einem obligatorischen Vertrage klagt, muß einen Rechtsgrund mitangeben und nöthigenfalls darthun; mißlingt dieser Beweis, so ist er mit dieser Klage abzuweisen. Nur wird man vielleicht nach dem Sprachgebrauche manchen Rechtsgrund als stillschweigend behauptet gelten lassen müssen. Wer z. B. schlechtweg auf Ausrichtung eines übernommenen Auftrages klagt, Der möchte wohl so anzusehen sein, als habe er damit den Vertrag behaupten wollen, welchen die Römer mandatum nennen (vgl. §. 1), nämlich einen, was die Mühwaltung betrifft, aus Liberalität, so viel aber etwanige Auslagen anlangt, gegen Verpflichtung des Auftraggebers zur Erstattung derselben übernommenen Auftrag: demzufolge würde dann die Behauptung des Beklagten, er habe den Auftrag gegen das Versprechen eines Lohnes übernommen, als reine Negation des behaupteten Klaggrundes aufzufassen sein. Desgleichen würde wohl eine Klage aus einem pactum de mutuo dando ohne Angabe des Rechtsgrundes als eine Klage aus einer reinen Liberalität anzusehen sein. Ja man könnte vielleicht noch weiter gehen: man brauchte nicht gerade das Verlangen der Nennung eines Rechtsgrundes zu urgieren, so weit ersichtlich auf denselben rechtlich doch Nichts ankommen würde. So viel ich sehe,

[36]) Für diese Versprechungen verlangt diese Behandlung Arndts, in der Krit. Ueberschau, Bd. 4, S. 221 f., freilich von einer etwas abweichenden Grundansicht ausgehend, die bald zu besprechen sein wird (s. §. 10).

[37]) Aehnlich ist die von Schmid a. a. O. S. 891 auf die heutige Behandlung des Tauschvertrages gestützte Deduction. Zu sehr auf die Spitze gestellt hat er das Argument aber wohl in der Behauptung, daß bei der formalen Auffassung überhaupt keine exceptio non adimpleti contractus (d. h. nach Schmid's Meinung offenbar: überhaupt keine exceptio von diesem materiellen Inhalt, abgesehen vom Namen) möglich sein würde: nur die Beweislast hinsichtlich der Existenz einer Gegenverpflichtung würde anders zu vertheilen sein.

würde die Sache gerade beim pactum de mutuo dando leicht so liegen können.[38]) Es scheint mir z. B. keinen Unterschied zu machen, ob dasselbe aus reiner Liberalität des Versprechenden, oder gegen das Versprechen des Andern, auch seinerseits auf Verlangen das verzinsliche Darlehen zu nehmen, abgeschlossen ist. Denn durch die Klage zeigt er jedenfalls aufs Deutlichste, daß er zur Erfüllung dieser seiner Verpflichtung bereit ist, und auf der andern Seite gelten auch für jene Liberalität, da sie keine Schenkung ist, durchaus keine einschränkenden Rechtssätze. Daher könnte man vielleicht jenen der Liberalität in den Wirkungen ganz gleichstehenden Rechtsgrund als alternativ mitbehauptet gelten lassen. Doch Dies ist eine rein processualische Formfrage, über die ich hier nicht entscheiden will. Dagegen scheint es mir unzweifelhaft, daß, wenn nun der Beklagte über den Rechtsgrund eine Behauptung aufstellt, deren Wahrheit die rechtliche Beurtheilung der Sache ändern würde, z. B. daß der Kläger ihm als Gegenleistung versprochen habe, ihm vorher eine Summe Geldes zu zahlen, diese aber nicht gezahlt habe[39]), oder daß er, der Beklagte, das Versprechen in der Meinung geleistet habe, dazu rechtlich verpflichtet zu sein, Dies aber nicht gewesen sei, jedenfalls den Kläger in diesen Puncten die Beweislast treffen wird.

Es lassen sich nun auch aus der ältern Praxis Nachweise dafür beibringen, daß das moderne Obligationenrecht seit dem Mittelalter stäts in diesem materiell individualisierenden Sinne aufgefaßt worden ist[40]), so daß also jeder Gedanke an ein späteres Mißverständniß ausgeschlossen bleibt. Die Brücke hat hier die falsche Ansicht von dem Verhältnisse der Römischen Stipulation zu ihrer causa gebildet, welche zur Zeit der Reception bei den Italiänischen Juristen allgemein herrschte und mit dem Römischen Rechte selbst nach Deutschland kam. Man glaubte nicht nur (wie Gneist), daß der Beklagte mittelst exceptio doli den Kläger zur Angabe des Rechtsgrundes der Stipulation nöthigen könne[41]), sondern meinte, daß der Kläger, der aus der Sti-

---

[38]) Hier ist zu vergleichen das in §. 2 über die Stipulation: „Pecuniam te mihi crediturum spondes?“ Bemerkte.

[39]) Hierzu muß vorausgesetzt werden, daß das Darlehen erst in längerer Zeit nach dem pactum de mutuo dando gegeben werden sollte.

[40]) Einen Theil des Folgenden hat in etwas anderer Art schon Schmid a. a. O. S. 895—900 für unsern Beweis benutzt.

[41]) Vgl. §. 3, Anm. 4. Die abweichende Ansicht des Joannes de Bla-

pulation ohne Anführung der causa klage, wegen unsubstantiierten Libells (mittelst exceptio doli) überhaupt zurück zu weisen sei. So sagt die Glosse ad l. 2, §. 3 D. de doli exc. 44, 4: „Item an hic libellus sit admittendus: peto decem, quia promisisti? Videtur, quod non, quum in promissione non sit causa sufficiens. — Sed adiicere debet: quod promisisti ex causa mutui, vel simili. — Ergo nec ista: peto par caponum singulis annis, quia tui maiores promiserunt; sed debet adiici: pro possessionibus, quas a meis maioribus tui maiores habuerunt". So lehrt auch z. B. Roffredus im Tract. ord. iud. P. 4. Rubr. de certi cond. ex stip. n. 1 et 9, eine Stipulation gelte nichts ohne ihre causa: daher wird auch in den Klagformularien in n. 4 ib. und in Rubr. de act. ex stip. ex temp. praes. n. 3 die causa mitgenannt, und wenn sich hierin die Klagformularien in Rubr. de act. ex stip. n. 2 und Rubr. de act. ex stip. arbitr. n. 10—13 anders verhalten, so muß nach jener ausgesprochenen theoretischen Ansicht des Verfassers angenommen werden, daß die Anführung einer causa hier nur der Kürze wegen unterblieben ist. Ein Gleiches muß von dem von Durantis in seinem Speculum L. 4, part. 3. Rubr. de oblig. et solut. §. 4, n. 10 aufgestellten Klagformulare gelten, da wir unmittelbar darauf bei ihm die folgenden Formularien lesen: §. 5, n. 1: — „quod mihi debet centum, quae mihi promisit ex tali causa"; ib. n. 2: — „qui mihi interroganti promisit se daturum decem libr. Tur. pro Codice, quem sibi scripsi: vel pro patrocinio, quod sibi in tali causa praestiti"; ib. §. 6, n. 8: — „qui promisit mihi solvere decem tali die et loco, ex tali causa, nec solvit". Bei dem Abhängigkeitsverhältnisse, in welchem die Deutschen Praktiker der ersten Jahrhunderte nach der Reception zu ihren Italiänischen Auctoritäten standen, konnten sie nun natürlich gar nicht auf die Idee kommen, den formlosen obligatorischen Vertrag als Formalcontract zu behandeln, da jene nicht einmal die Stipulation dafür gelten ließen. Dies ist denn auch der Sinn, in welchem Carpzov in der

---

nosco ist in Anm. 11 erwähnt. Im Anschlusse an diesen entwickelt auch der Lateinische Glossator zum Ssp. 1, 7 die richtige Römische Lehre von der Stipulation; aber wie überhaupt dieses vereinzelte Zeugniß für die Deutsche Praxis wenig Gewicht hat, so ist ihm dasselbe namentlich deshalb abzusprechen, weil man gar nicht sieht, wie sich der Glossator die Stellung der Stipulation zum Deutschen Vertragsrechte gedacht hat.

oben angeführten Stelle die von Formen entbundene Stipulation mit dem pactum nudum für identisch erklärt; denn daß auch ihm nur die materiell sondernde Auffassung der Stipulation geläufig war, erhellt z. B. aus seinem Proc. iur. in foro Sax. tit. 22, art. 1, n. 64: „nec cautio obligatoria sine expressione causae efficax erit, etiamsi stipulatio intervenerit, et desuper instrumentum confectum fuerit", wofür er sich auf l. 25, §. 4 D. de prob., l. 13 C. de n. n. p. und c. 14 X. de fide instr. beruft, und worauf er in n. 65 noch hinzufügt: „et qui valida erit obligatio absque causa debendi, cui semper obstat doli exceptio?" Aehnlich lauten seine Aeußerungen in der Iurispr. for. P. 1. const. 17. def. 39, n. 3 et 4, und in den Decis. P. 2, dec. 125, n. 22 et 23.

Am deutlichsten tritt diese Ansicht als die in der ältern Praxis herrschende in der allerdings sehr confusen Behandlung hervor, welche die Schriftsteller jener Zeit der Lehre von der „cautio indiscreta" angedeihen lassen. Denn zwischen Schuldbekenntniß und schriftlichem Versprechen pflegen sie nicht scharf zu unterscheiden: und wenn sie nun lehren, eine cautio indiscreta, eine confessio extraiudicialis sine causa gelte nicht, beweise nicht, so meinen sie damit unmittelbar auch ausgesprochen zu haben, daß aus einem Scheine: „ich bekenne Zehn schuldig zu sein und verspreche sie zu bezahlen", oder gar einem solchen: „ich verspreche Zehn zu zahlen", keine Klage begründet werden könne.[42])

[42]) Dies wird Niemand bezweifeln, der nur einmal einen Blick auf die betreffenden Stellen jener Schriftsteller geworfen hat. Vielfache Beweise finden sich z. B. in den von Briegleb in seiner „Chrestomathie von Belegstellen zur Geschichte des Executiv-Prozesses" abgedruckten Stellen des Azo, Roffredus, Accursius und Butrigarius und in den Citaten bei Bähr a. a. O. §. 65. — Heutzutage begreift man unter der Lehre von der „cautio indiscreta", in richtiger Scheidung der Begriffe Geständniß und Versprechen, gewöhnlich nur den proceßrechtlichen Satz, daß ein schriftliches Schuldbekenntniß ohne Angabe des Entstehungsgrundes Nichts beweise; vgl. §. 4, Anm. 15. Thöl, Handelsr. Bd. 2, §. 181, versteht dagegen wiederum eine Schrift, welche ein Versprechen „ohne causa debendi" enthält, unter jener Bezeichnung; wenn er sich dann aber für die „Ungültigkeit" (vgl. Anm. 29) des „Summenversprechens" auf die Ungültigkeit einer solchen cautio indiscreta beruft, so ist Das freilich lediglich eine Wiederholung des zu beweisenden Rechtssatzes. Der Ausdruck „causa debendi" gehört übrigens entschieden der Lehre vom außergerichtlichen Geständnisse an und bezeichnet dort den Entstehungsgrund der Schuld, als Vertrag, Delict, Testament u. s. w.; in Bezug auf ein Versprechen, welches, wenn gültig, selbst eine causa debendi ist,

So theilt denn auch Carpzov an der citierten Stelle der Iurispr. for. am Schlusse der defin. 39 drei Erkenntnisse des Leipziger Schöppenstuhles aus den J. 1629 und 1631 mit, wodurch Klagen aus einfachen schriftlichen Versprechen ohne Angabe der causa abgewiesen sind.

Aus dem vorigen Jahrhundert will ich endlich noch das Klagformular anführen, welches J. H. Böhmer[43]) als Beispiel einer Klage aus einem pactum nudum giebt. Er hat gerade das oben besprochene pactum de mutuo dando gewählt und stellt folgende Geschichtserzählung auf:

„Es hat Lucius laut beygehenden Brieffe versprochen, daß wann ich das Sempronische Hauß zu kauffen mich resolviren würde, er mir alsdann auf diese Ostermesse, 2000 Thlr. darzu auf 5 Jahre ohne eintzige Versicherung herleihen wolte, welches Versprechen ich darauf mit Danck angenommen. Wie ich nun meine Rechnung hierauf gemachet, und das Hauß vor 3000 Thlr. würcklich gekaufft, so will er nunmehr sein Versprechen nicht halten" u. s. w.

Offenbar wird also das Versprechen als reine Gefälligkeit, als Liberalität dargestellt. Dagegen findet sich bei Böhmer kein Formular für eine Klage aus einem obligatorischen Vertrage, in welchem der Rechtsgrund nicht angegeben wäre.

Die für das heutige Obligationenrecht gewonnene Regel lautet demnach: der obligatorische Vertrag wirkt nur im Zusammenhange mit seinem Rechtsgrunde: wir haben also, von gewissen, noch zu besprechenden Ausnahmen abgesehen, in unserm Rechte keinen obligatorischen Formalcontract, sondern unzählige materiell verschiedene obligatorische Verträge.

Praktisch ist die Anwendung dieser Regel auf eine schriftliche Urkunde des Inhalts: „ich verspreche dem A Hundert zu zahlen", von besonderm Interesse. Es ergiebt sich hierfür, daß A, wenn er aus diesem Scheine klagt, nebenher noch den Rechtsgrund des Versprechens, welches durch die Ausstellung desselben unzweifelhaft ge-

---

sollte man nur den Ausdruck „causa" (Rechtsgrund des Vertrages) schlechthin oder „causa promittendi" gebrauchen; zu vgl. Unger, Inhaberpapiere, S. 175, Anm. 7, und, wenn auch unklar, Bähr a. a. O. S. 23, Anm. 1.

[43]) De Actionibus, Sect. 2. cap. 7. §. 8.

geben ist, anzuführen und zu beweisen hat.“[44]) Zu beachten ist dabei noch, daß dieser Beweis zwar natürlich auch durch Eideszuschiebung geführt werden kann, daß es dabei aber nicht genügt, den Eid auf den Willen, den der Beklagte beim Ausstellen jener Urkunde gehabt habe, zu stellen. Denn der Wille kommt für den Vertragsabschluß nur so weit rechtlich in Betracht, als er erklärt ist: nun würde man zwar, wenn auch keine ausdrückliche Erklärung stattgefunden hat, doch, sobald man nur alle erheblichen Umstände kännte, in ihnen mit Nothwendigkeit die stillschweigende Erklärung irgend eines Willens über den Rechtsgrund finden müssen; aber eben darum muß der etwanige Eid auf das Vorhandensein solcher concludenten Umstände gestellt werden, aus denen sich ergiebt, daß gerade der vom Kläger behauptete Wille über den Rechtsgrund als von den Contrahenten erklärt anzusehen ist.

§. 10.

Fortsetzung: insbesondere von der Fidejussion, Novation und Delegation.

Im Bisherigen ist eine von Bähr[1]) aufgestellte und von Arndts[2]) und Unger[3]) angenommene Ansicht noch nicht berücksichtigt worden,

---

[44]) Diese Auffassung scheint auch einem in Seuffert's Archiv, Bd. 11, No. 109, mitgetheilten Erk. des OAG. zu Celle vom J. 1855 zu Grunde zu liegen: auf einen (nach der DWO. §. 100 verjährten) Solawechsel sei im ordentlichen Proceß eine selbständige Klage gegen den Aussteller nicht zu gründen, weil der Wechsel die „causa debendi“ (vgl. Anm. 42) nicht enthalte. — Allerdings würde aber nach der DWO. §. 83 die Behauptung und der Beweis dieser materiellen causa für die Klage aus einem verjährten Wechsel noch nicht für ausreichend zu halten sein.

[1]) Anerkennung, §§. 40 - 42.

[2]) In der Krit. Ueberschau, Bd. 4, S. 223. 236—239. Wenigstens glaube ich nicht zu irren, wenn ich seinen Aeußerungen diesen Sinn unterlege. Seine Polemik gegen Bähr ist im Grunde nur gegen einzele von diesem gebrauchte Ausdrücke gerichtet. Im „Lehrb. der Pandekten“, §. 232, Anm. 3, und §. 233, scheint jedoch Arndts ganz auf Seiten der materiell individualisierenden Auffassung zu stehen. Aber freilich hat er sich auch dahin ausgesprochen, daß „der Gegensatz zwischen der Stipulation und den sog. materiellen Contracten nicht auf einer wesentlichen Verschiedenheit beruhe“; vgl. §. 1, Anm. 18.

[3]) Inhaberpapiere, S. 66—70. — Genau zu reden, nimmt dieser Schriftsteller (S. 65 f.) eine mittlere Classe von Verträgen an (wohin er z. B. Mandat und

deren leitender Gedanke darin besteht, daß eine Regel für unsere Frage überhaupt nicht aufzustellen sei, daß es vielmehr in der Willkür der Contrahenten stehe, entweder einen formalen, oder auch einen materiell bestimmten Vertrag abzuschließen. Diese Ansicht beruht vor Allem auf einer Verkennung der Natur des hier in Betracht kommenden Parteiwillens. Die Contrahenten eines obligatorischen Vertrages wollen nämlich stäts sowohl die Verpflichtung, als auch einen Rechtsgrund für dieselbe; aber welche juristische Function jedem dieser beiden Willensmomente zukommen solle, darüber wollen sie a priori gar Nichts; sondern die Bestimmung hierüber bleibt vollständig dem positiven Rechte überlassen. Allerdings, wenn sie einmal erst wüßten, daß das positive Recht sich auch hierin nach ihrem eignen Willen richten wollte, würden sie eher dazu geführt werden, demselben in dieser Hinsicht einen bestimmten Inhalt zu geben: wie es auch außerdem denkbar ist, daß selbst wenn das positive Recht ihnen darin nicht nachgiebt, sie in einzeln Fällen, nachdem sie die diesem Rechte eigne Auffassung des obligatorischen Vertrages zum Gegenstande ihrer Reflexion gemacht, einen der Regel des Rechtes widerstreitenden, hier also wirkungslosen Willen über die Stellung des Rechtsgrundes zum Verpflichtungswillen haben könnten. Aber selbst im erstern Falle würden sie am allerhäufigsten einfach ihren Vertrag schließen, ohne über die Auffassung, die das Recht ihrem Willen über den Rechtsgrund im Verhältnisse zu ihrem Verpflichtungswillen solle zu Theil werden lassen, irgend Etwas zu wollen. Die Verweisung auf den Parteiwillen würde also durchaus nicht ausreichen; wir würden für die meisten Fälle doch die vermittelnde Rechtsregel vermissen. Dies scheint auch Bähr ge-

---

Schenkungsversprechen rechnet), durch welche nach seiner Meinung ohne Rücksicht auf die Causa eine Obligation erzeugt wird, ohne daß doch die Parteien diese Loslösung von der Causa speciell gewollt hätten. Insofern verwirft er die Eintheilung sämmtlicher obligatorischen Verträge in (negativ-) formelle und materiell gesonderte (vgl. §. 1, Note 18), da er den Namen formeller Verträge den absichtlich vom Rechtsgrunde losgerissenen vorbehalten will. Dabei liegt ganz einfach der Umstand zu Grunde, daß er das Wort causa in einer andern Bedeutung gebraucht, als Bähr, nämlich die gewollte Unentgeltlichkeit einer Vermögenszuwendung nicht mit darunter begreift. Dies muß ihm natürlich freistehen; nur darf er deshalb nicht Bähr, wie er S. 66, Note 5, thut, Inconsequenz vorwerfen. Außerdem verkennt Unger freilich, daß die Verpflichtung des Mandatars, so viel die zu machenden Aufwendungen betrifft, keine unentgeltliche ist; vgl. §§ 1 u. 9.

fühlt zu haben, und so kommt er im Grunde doch wieder zur Aufstellung einer Regel. Wenigstens glaube ich seinen (streng genommen tautologischen) Satz (S. 153), „daß auch heutzutage das einfache Versprechen, so lange es dem natürlichen Bestande der Obligation angehört, nicht für sich, sondern nur unter Darlegung des Gesammtvertrags, in welchem es enthalten ist, processualisch geltend gemacht werden kann", mit Recht dahin zu verstehen, daß dieses Verhältniß, das Bähr den „natürlichen Bestand der Obligation" nennt, eben bis zum Gegenbeweise vermuthet werden soll. Wenn aber sonach auch nach Bähr die materielle Auffassung die Regel bildet, so ist kaum begreiflich, wie es in der Willkür der Parteien stehen könnte, sie nach Belieben auszuschließen; denn wenn das Recht doch den Verpflichtungswillen an sich, losgetrennt vom Rechtsgrunde, sobald die Parteien es wollen, schon als genügend zur Erzeugung einer Obligation gelten ließe, weshalb hätte es dann für die Fälle, wo die Parteien Nichts über diesen Punct gewollt haben, dem Gläubiger seine Sache erschwert und von ihm noch die Berufung auf den Rechtsgrund verlangt? Eher würde man sich das umgekehrte Verhältniß denken können, daß nämlich das Recht im Zweifel einen Formalcontract annähme und es den Parteien frei ließe, durch Uebereinkunft die Geltendmachung der Obligation an erschwerende Bedingungen zu knüpfen. Wie aber die Sache liegt, würde die Ausschließung der materiell individualisierenden Auffassung durch Parteiwillen weiter Nichts sein, als die vertragsmäßige Ausschließung der proceßrechtlichen Vorschriften über die gehörige Substantiierung der bei Gericht anzubringenden Ansprüche, und eine solche möchte schwerlich in der Macht der Privatwillkür liegen.

Es fehlt denn auch bei Bähr an jeder Begründung der hier bekämpften Lehre. Denn die Sätze: „im römischen Rechte hatte der Wille die Fähigkeit, das einfache Versprechen isolirt zu einem vollendeten Vertrage zu erheben, unzweifelhaft im Wege der Formalcontracte; dem von Formen entfesselten Willen kann aber keine geringere Kraft beiwohnen, als dem an Formen gebundenen", enthalten, statt einer wahren Begründung, eine einfache petitio principii. Daß der Wille in Bezug auf die fragliche Fähigkeit bei uns von Formen entfesselt sei, steht eben erst zu erweisen.

So unzweifelhaft es daher auch ist, daß heutzutage die Contrahenten gültig übereinkommen können, ihren Vertrag in die Form

der Stipulation, wie in jede andere selbstgewählte, einzukleiden[4]), für eben so gewiß halte ich es auch, daß jene Verabredung keine andere Wirkung hat, als nach Analogie der l. 17 C. de fide instr. 4, 21 im Zweifel die verbindende Kraft des (materiell individualisierten) Vertrages bis zum wirklichen Vollzuge der Stipulation hinauszuschieben, daß nie aber bei uns in dieser Form ein Formalcontract eingegangen werden kann.[5])

Viel bedenklicher, als die eben besprochene Bähr'sche Lehre an sich, die, wenn man sich an den wahren Sinn der Worte hält, nur in seltenen Fällen praktische Anwendung finden würde, scheint mir noch der Gebrauch zu sein, den ihr Urheber von ihr gemacht hat. Denn sofort nimmt Bähr es über sich, für eine ganze Reihe von Fällen den Willen der Parteien ganz willkürlich dahin zu interpretieren, als hätten sie die formale Auffassung für ihren Vertrag gewollt, und zwar ohne daß zu erkennen wäre, ob er eigentlich für solche Fälle auch nur die Möglichkeit eines andern Parteiwillens zugiebt. So scheint es beinahe, als ob in Bähr's Sinn das Resultat richtiger dahin gefaßt sein würde, daß in allen diesen Fällen vermöge allgemeiner Rechtsvorschrift die formale Auffassung eintrete.[6])

Im Grunde gilt Dies schon von dem eben erwähnten, die Stipulation betreffenden Beispiele, in der ihm von Bähr gegebenen Fassung, nach welcher eine ausdrückliche Erklärung, einen Formalcontract zu wollen, keineswegs vorausgesetzt wird, und auch für die Annahme einer stillschweigenden keinerlei Momente vorliegen. Sodann aber erklärt Bähr die formlose Expromission, Delegation und Fidejussion des heutigen Rechtes schlechtweg für Formalcontracte; denn hier „ergäben die Umstände sehr klar die Absicht, das Versprechen von seinem Rechtsgrunde zu isolieren, und zu einem selbständigen Ver-

---

[4]) Vgl. Savigny, Obl.-R. Bd. 2, S. 244.

[5]) Anders Bähr a. a. O. S. 155. Unger a. a. O. S. 69.

[6]) In diesem Sinne würde der Wechselvertrag mit Recht hier von Bähr angeführt sein (S. 156). Soll seine formale Natur aber wirklich aus dem Willen der Contrahenten erklärt werden, so ist Dem entschieden zu widersprechen. Allerdings, wenn jetzt, nachdem das Recht einmal den formalen Wechselvertrag eingeführt hat, ein dieses Rechtssatzes Kundiger einen Wechsel ausstellt, so will er sich damit formal verpflichten; allein daß der Rechtssatz seinerseits den Willen der Contrahenten zur Grundlage hätte, ist durchaus nicht nachzuweisen.

trage zu erheben".[7]) Ich kann darauf nur erwidern, daß wenigstens mir die Umstände, welche diese Absicht ergeben sollen, völlig verborgen geblieben sind. Ich glaube auch nicht, daß, wie Bähr meint, Niemand Bedenken trägt, die genannten Verträge als Formalcontracte aufzufassen.

Am wunderbarsten erscheint Bähr's Behauptung in Beziehung auf die Fidejussion. Hier ist es eine sehr verbreitete Ansicht, der auch ich mich vollständig anschließe, daß im heutigen Recht an die Stelle der Fidejussion und des constitutum debiti alieni ein einziger, materiell individualisierter Vertrag unter dem Namen Bürgschaft getreten ist[8]), dessen Gültigkeit, in welcher Form er immer geschlossen sein mag, durch die Wirklichkeit der verbürgten Schuld, an die er sich als accessorischer Vertrag anlehnt, bedingt ist. Aber auch die Wenigen, die heutzutage noch zwischen Fidejussion und Constitutum unterscheiden zu können glauben[9]), fassen ohne Zweifel jeden dieser beiden Verträge ganz in derselben Weise auf.[10]) Dies wird auch vermuthlich Bähr im Uebrigen gar nicht ableugnen; nur verkennt er, daß der materielle Charakter unserer Bürgschaft eben schon in ihrer accessorischen Natur gegeben ist: um so unbegreiflicher, als er den des Römischen Constitutums selbst in dieser findet.[11])

Was sodann die Expromission betrifft, so besteht ihr Rechtsgrund, wie der jeder Novation, bei der der Gläubiger unverändert bleibt, in der dadurch vollzogenen Tilgung einer Forderung des Gläubigers. Ob diese Forderung gegen den neuen Schuldner selbst, oder gegen einen Dritten gerichtet war, ist dabei unerheblich: so kann man ja auch gerade so gut Schulden eines Dritten, wie eigne, durch Zah-

---

[7]) Auch hierin stimmen Arndts a. a. O. S. 239 u. Unger a. a. O. S. 67 f. Bähr durchaus bei.

[8]) Vgl. z. B. Puchta, Pandekten, §. 404. Arndts, Pandekten, §. 353. Girtanner, die Bürgschaft, S. 163—196 u. S. 373 ff.

[9]) Z. B. Vangerow, Pandekten, Aufl. 6. Bd. 3, §. 578, Anm. 1, S. 151, u. §. 579, S. 161 f.

[10]) Oben (§. 2 gegen Ende) ist schon davon die Rede gewesen, daß bereits auch die fideiussio, wenigstens die in der Formel: „fide tua esse iubes?" eingegangene, wegen der in der Wortfassung nothwendig liegenden Beziehung auf das von einem Andern Geschuldete praktisch von einem materiell bestimmten Vertrage nicht zu unterscheiden war.

[11]) A. a. O. §. 30.

lung tilgen. Bei den Römern kamen Verträge, welche durch den genannten Rechtsgrund charakterisiert waren, schon deshalb nicht vor, weil sie nicht zu den bevorzugten materiell bestimmten Verträgen gehörten, welche in einer beliebigen Form abgeschlossen Obligationen erzeugten: daher mußte man zur Erreichung dieses Zweckes sich stäts eines Formalcontractes bedienen. In der Eigenthümlichkeit der Novation liegt aber durchaus Nichts, was verhinderte, den Willen über den Rechtsgrund als wesentlichen Bestandtheil des Vertrages zu denken: und so ist er nach heutigem Recht zu denken, da dasselbe nun einmal alle formlosen Verträge materiell individualisiert. Darin liegt, daß von der Wirklichkeit der vorausgesetzten Schuld heutzutage die Gültigkeit der Novationsobligation so sehr abhängt, wie die des Constitutums schon nach Römischem Recht.[12]) Nur kann man stark bezweifeln, ob durch den materiell bestimmten Novationsvertrag die Schuld eines Dritten ohne seine Einwilligung (also ohne Delegation) bei uns getilgt werden kann, insofern man nicht etwa überhaupt Verträge zu Gunsten Dritter nach heutigem Recht auch für diese Dritten wirksam sein läßt; denn wenn auch die formale Constituierung einer Obligation durch Stipulation oder nomen transcripticium der realen Zahlung gleichgestellt werden konnte, so möchte es sich doch schwerlich rechtfertigen, deshalb auch unserm materiell bestimmten obligatorischen Vertrage größern Einfluß auf den Bestand der fremden Verbindlichkeit einzuräumen, als dem einfachen pactum de non petendo zu Gunsten eines Dritten zukommt.[13])

---

[12]) Dies war selbstverständlich auch im Römischen Rechte bei der Novation, und eben so bei der accessorischen Stipulation der Fall, wenn sie in die Formel gefaßt wurden: „quod mihi debes“, oder „quod ille mihi debet, dari spondes?“ oder eine ähnliche. Vgl. §. 2, Note 17. Dagegen wird auch oft eine exceptio wegen indebitum promissum erwähnt, z. B. l. 20 D. de SC. Maced. 14, 6. l. 5, §. 1 D. de A. E. V. 19, 1. l. 15 C. de fideiuss. 8, 41, wo dann natürlich der Gegenstand in der Stipulation ohne Bezugnahme auf die frühere Schuld bezeichnet war. — Da durch ihre formale Natur die Promission einer realen Zahlung vergleichbar war, so reichte bei den Römern die exceptio doli, wenn die supponierte Schuld *eines Dritten* noviert war, allerdings nicht ganz so weit. Hier konnte es regelmäßig angemessener erscheinen, nur diesem Dritten eine condictio sine causa zu gestatten. Vgl. Ulp. l. 1, §. 11 D. qu. rer. act. n. d. 44, 5.

[13]) Anders natürlich bei der heutigen Expromission durch einen Wechsel oder einen andern modernen Formalcontract: diese steht der durch Stipulation vollzogenen ganz gleich.

Jedenfalls ist auf dieses Maß die Bemerkung Gneist's[14]) zurückzuführen, daß es im heutigen Rechte keine Novation im Römischen Sinne mehr geben könne, weil jeder Vertrag eine causa haben müsse. Selbst wenn bei den Worten „im Römischen Sinne" nur an die formale Natur der Römischen Novation zu denken wäre, so würde diese Behauptung ungenau sein, da auch wir formale Verträge haben, wie den Wechselvertrag, durch welche, gerade wie durch Stipulation, eine formale Novation vorgenommen werden kann. In der That will jedoch Gneist mit jenen Worten sogar überhaupt die Existenz der Novation als eines besondern Rechtsgrundes für Verträge, neben Vergleich, Tausch, Kauf u. s. w., bestreiten: was durch die obige Ausführung schon widerlegt ist. Uebrigens haben bereits Andere bemerkt, daß der Novationsvertrag bei uns eine besondere, materiell bestimmte Vertragsart ausmacht.[15])

Zur vollständigen Einsicht in die Natur der heutigen Novation ist es dienlich, das Schicksal der accessorischen Promission einer eignen Schuld damit zu vergleichen. Diese kann heutzutage wohl ihr formales Analogon z. B. in der accessorischen Ausstellung eines Wechsels finden; als materiell individualisierter Vertrag entspricht ihr aber einzig das constitutum debiti proprii, mit dem sie also heutzutage in demselben Sinne zusammengefallen ist, wie die fideiussio mit dem constitutum debiti alieni.[16]) Ob die Justinianische l. 8 C. de novat. 8, 42, wenn in ihr für die Novation das Erforderniß einer ausdrücklichen Erklärung des animus novandi aufgestellt sein sollte — was bekanntlich streitig ist —, heutzutage auf die gänzlich veränderten Formen der Novation und des Bestärkungsvertrages anzuwenden wäre, darf wohl mit Recht bezweifelt werden.[17]) Jedenfalls würde diese Vorschrift nur für die Frage nach der Tilgung der alten Schuld von In-

[14]) A. a. O. S. 229 f.

[15]) Sintenis, pract. gem. Civilrecht, Bd. 2, §. 105, Anm. 2. Kuntze, die Obligation u. s. w. S. 253. 254. 354, Anm. 5. Letzterer erklärt auch S. 257 den formlosen Novationsvertrag, wenn über ein indebitum abgeschlossen, für nichtig.

[16]) Ausnahmsweise fällt dagegen heutzutage das constitutum debiti proprii ganz zusammen mit der Novation, nämlich in dem Falle, wo durch dasselbe zugleich eine exceptio pacti perpetua gegeben ist. Vgl. §. 1, Note 10. Ich würde daher vorschlagen, hier nur die Bezeichnung Novation anzuwenden.

[17]) Im verneinenden Sinne hat auch erkannt das OAG. zu Lübeck im J. 1830 und im J. 1849; vgl. Gries, Commentar zum Hamb. Stadtr. Bd. 1, S. 73, Anm., Hamb. Samml. Bd. 2, S. 169, u. Seuffert's Archiv, Bd. 6, No. 175.

teresse sein[18]); für die Forderung aus dem neuen Vertrage ist es überhaupt meistens unerheblich, ob der Rechtsgrund Novation, oder Bestärkung ist. Nur wenn der Klage entgegengehalten würde, daß mit der Absicht, die frühere Schuld zu tilgen, nach Abschluß des neuen Vertrages eine Zahlung geschehen sei, würde der Unterschied einige Bedeutung erhalten: die bloß bestärkende Obligation würde hierdurch zugleich mitgetilgt sein; der novierenden gegenüber würde daraus nur eine auf die zuständige condictio indebiti gestützte Compensationseinrede zu entnehmen sein.

Ob die Römer einen Vertrag, der eine bisher unter den Contrahenten bestehende Obligation durch eine neue von ganz anderem Inhalte ersetzen will, jemals unter den Begriff der novatio gebracht, d. h. ob sie in diesem Falle eine ipso iure erfolgende Aufhebung der alten Obligation angenommen haben[19]), erscheint mindestens zweifelhaft. Dagegen ist es gewiß ein unbedenklicher Sprachgebrauch, wenn man heutzutage auch einen solchen Vertrag als Novationsvertrag bezeichnet.[20])

Es muß nun aber nochmals hervorgehoben werden, daß alles eben Gesagte sich nur auf diejenige Novation bezieht, bei welcher in der Person des Gläubigers keine Veränderung stattfindet. Ein Rechtsgrund liegt zwar auch dann in der Novation, wenn auf Delegation des bisherigen Gläubigers der Schuldner einem neuen Gläubiger verspricht, aber nicht der Rechtsgrund für den Erwerb dieses neuen Forderungsrechtes, welcher doch allein als Grundlage für die Klage aus

---

[18]) Gegen das Mißverständniß, als ob die Gültigkeit der neuen Obligation von dieser ausdrücklichen Erklärung abhängig gemacht wäre, s. Bähr a. a. O. S. 45. Ueberhaupt klagt derselbe dort und S. 156 gewiß mit Recht über die in dieser Lehre heutzutage vielfach herrschende Verwirrung, von der er nur selbst, wie man sieht, nicht ganz frei ist.

[19]) Dagegen konnte natürlich in der neuen Stipulation zugleich ein pactum de non petendo gefunden werden.

[20]) In der Praxis ist gerade diese Benutzung des Wortes sehr gewöhnlich; vgl. Bähr a. a. O. S. 156. Als Beispiel führe ich an ein Erk. des OAG. zu Kiel vom J. 1847, bei Seuffert, Archiv, Bd. 10, No. 153 (wo aber unpassend von einer Condiction der neuen Obligation wegen Nichtexistenz der alten die Rede ist, was nur bei einer formalen Novation zutreffen würde). Auch möchte bei uns außer diesen Fällen der materielle Novationsvertrag unter denselben Parteien überhaupt schwerlich häufig vorkommen. Dieselben bilden zugleich die Hauptmasse derjenigen Fälle, wo wir, statt von einem Constitutum, heutzutage passender von einer Novation reden. Vgl. Anm. 16.

diesem Forderungsrechte in Betracht kommt, sondern nur der Rechtsgrund für die Leistung des Schuldners an den frühern Gläubiger, welche materiell in der auf sein Geheiß übernommenen Verpflichtung gegen den neuen Gläubiger zugleich enthalten ist. Daher ist die novierende Eigenschaft eines obligatorischen Vertrages nur in den erstern Fällen für die materielle Charakterisierung desselben von Bedeutung.[21])

Ich wende mich nun schließlich zur Delegation[22]), um zu zeigen, wie sich die hierher gehörigen Verträge nach dem materiellen Princip gestalten. Es fallen aber unter diesen Begriff, außer den eben besprochenen Fällen der Novation, bei denen die Person des Gläubigers verändert wird, auch alle andern Fälle, wo Jemand auf das Geheiß eines Andern einem Dritten verspricht, wenn auch dadurch nicht zugleich eine bisherige Forderung des Delegaten getilgt werden soll.[23]) Da das Wort delegatio weiter Nichts bedeutet, als dieses Geheiß, zu versprechen[23a]) — wobei keineswegs gerade ein obligatorischer Mandatsvertrag zu Grunde zu liegen braucht —, zunächst allein, sodann auch in Verbindung mit seiner Ausführung gedacht, so ist dasselbe als Bezeichnung einer materiell bestimmten Contracts-

---

[21]) Vgl. §. 1, Anm. 8.

[22]) Ueber das betreffende Römische Recht ist besonders zu vgl. Thöl, Handelsr. Bd. 1, §§. 128—132, auch Fein, Beitr. z. d. Lehre v. d. Novation u. Delegation, §. 13, S. 35 ff., u. Nachtrag, Note 14, S. 80 f.

[23]) Hierunter ist also auch wiederum diejenige Novation, welche den Gläubiger unverändert läßt, aber einen neuen Schuldner substituiert, mitbegriffen, wenn sie auf Geheiß des bisherigen Schuldners erfolgt, und unter der gleichen Voraussetzung auch das accessorische Versprechen der Schuld eines Andern, d. h. die Verbürgung. Die letztere scheint zwar durch die Definition von Ulp. l. 11 D. de novat. 46, 2: „delegare est vice sua alium reum dare creditori, vel cui iusserit" — wo übrigens in dem „vice sua" nicht nothwendig liegt, daß der Delegant bisher Schuldner des Delegatars war, sondern eben so wohl, daß er es, um dem letztern diese Vermögenszuwendung zu machen, sonst selbst hätte werden müssen; gegen Fein a. a. O. Nachtrag, Note 8, S. 77 — ausgeschlossen; für das Justinianische Recht ist aber damit l. 8 C. de novat. 8, 42 zu verbinden, welche die ältern Präsumptionen für die Novation aufhebt und mindestens im Zweifel die alte Obligation neben der neuen fortbestehen läßt, auch wenn eine Veränderung in den Personen eingetreten ist. Dann kommt aber, insofern der Gläubiger derselbe bleibt, materiell nichts Anderes, als eine Bürgschaft heraus, wenn auch eine nicht mit den eigentlichen Fidejussionsworten eingegangene.

[23a]) Es kommt hier nicht in Betracht, daß das Wort an sich jeden Auftrag, eine Handlung statt des Auftragenden vorzunehmen, bezeichnet, wie z. B. in l. 7 C. de novat. 8, 42 einen Zahlungsauftrag.

art durchaus nicht zu brauchen. Es trifft jener Name Verhältnisse, die in Beziehung auf den Rechtsgrund unter einander völlig verschieden sind; nie aber kann der Rechtsgrund eines Versprechens dem Gläubiger gegenüber in dem von einem Dritten dazu ertheilten Auftrage gefunden werden. Hiermit stimmt auch Thöl überein[24]), der noch die andere, wie mir scheint, weniger genaue Formulierung hinzufügt: „ein seiner Natur nach ungültiges Versprechen kann dadurch nicht gültig werden, daß es mit dem Willen eines Andern gegeben wird". Mit diesen in Bezug auf das Accept der Anweisung und des Wechsels gethanen Aeußerungen steht denn freilich die Behandlung, die Thöl der Delegation angedeihen läßt, in vollkommenem Widerspruche. Denn es findet sich bei ihm keine Andeutung darüber, daß das Versprechen des Delegaten an den Delegatar, als ein reines „Summenversprechen", „ungültig" sei, richtiger: daß es nur in Verbindung mit seinem Rechtsgrunde rechtliche Wirkung habe; vielmehr trägt er, mit der einzigen Abweichung, daß die Delegation heutzutage durch formloses Versprechen, statt durch Stipulation, vollzogen werden könne, alle Römischen Rechtssätze als für uns gültig vor[25]), auch diejenigen, welche sich nur aus dem formalen Charakter der Stipulation erklären, mit unserm materiell sondernden Vertragsprincip aber unvereinbar sind.

Meines Erachtens ist folgendermaßen zu unterscheiden. Zunächst sind diejenigen Fälle ganz auszusondern, wo dem Delegatar nur als Vertreter (Mandatar) des Deleganten versprochen wird.[26]) Bei den Römern konnte eine solche Stipulation bekanntlich nur auf den Namen des Mandatars selbst gestellt werden. Dennoch wird in l. 4, §. 19 D. de doli exc. gegen die Klage des Mandatars die exceptio doli aus der Person des Mandanten zugelassen: und Dies kann nur darin seinen Grund haben, daß der Vertrag materiell als im Namen des Mandanten geschlossen erscheint. Ich glaube nun sogar, daß für solche Fälle, auf die ich freilich eben nach dem Beispiele Anderer[27]) noch die Bezeichnung delegatio angewandt habe, den Römern die-

---

[24]) Handelsrecht, Bd. 1, Aufl. 3, §. 125, Note 2b, S. 468. Bd. 2, §. 182, S. 122.

[25]) Dies sind sie auch selbstverständlich, insofern bei uns die Delegation durch einen Wechsel oder andern Formalcontract ausgeführt wird.

[26]) Ulp. l. 4, §. 19 D. de doli exc. 44, 4. l. 10, §. 6 D. mand. 17, 1.

[27]) Namentlich Thöl's (§. 128).

selbe ganz fremd war, da hier ein Auftrag an den Promissor, dem Stipulator zu versprechen, gar nicht nothwendig vorausgesetzt wird, und wenn vorgekommen, ganz außer Frage bleibt: es liegt für die juristische Beurtheilung weiter Nichts vor, als eine Stipulation durch einen freien Stellvertreter, wie sonst z. B. ein Kauf durch einen solchen Stellvertreter. Jedenfalls aber hat heutzutage dieser Fall nichts Besonderes, was ihn von jedem andern Falle eines Vertragsschlusses durch Stellvertreter unterschiede: mag der Stellvertreter, oder der Geschäftsherr aus dem Vertrage klagen, niemals kann sich der Kläger auf ein einfaches Versprechen berufen, sondern er muß den geschlossenen Vertrag nach seiner materiellen Natur bezeichnen.

Bei den wahren Fällen der Delegation erscheint aber nicht der Delegatar als Vertreter des Deleganten, sondern eher der Delegat, jedoch auch dieser nur in einem ganz andern Sinne, nämlich insofern sein Versprechen, welches er formell in eignem Namen leistet, materiell als eine Leistung von dem Deleganten an den Delegatar anzusehen ist. Mithin ist der Rechtsgrund dafür aus dem Verhältnisse zwischen diesen beiden Personen zu entnehmen: das ganze Rechtsgeschäft ist als der betreffende materiell individualisierte Vertrag zwischen Delegatar und Deleganten anzusehen, nur mit der Modification, daß statt des letztern der Delegat als der Verpflichtete eingeschoben wird. Dagegen hat es mit dem Obligationsverhältnisse als solchem Nichts zu thun, daß in der Eingehung der Obligation materiell zugleich eine Leistung des Delegaten an den Deleganten liegt; nur ausnahmsweise können bei *gewissen* Rechtsgründen der Forderung des Delegatars Billigkeitsrücksichten auch dem zwischen Delegaten und Deleganten obwaltenden Rechtsverhältnisse Einfluß verschaffen, und außerdem auch ohne daß ein derartiger Rechtsgrund vorliegt, gewisse das letztere Verhältniß betreffende gesetzliche Verbote schlechthin auf das Verhältniß zwischen Delegaten und Delegatar durchwirken.

Nach jener Regel erhalten wir denn z. B. für den Fall, wo der Delegant Schuldner des Delegatars ist und, um diese Obligation zu novieren oder zu bestärken, delegiert, eben den vorhin schon für jede Expromission und Bürgschaft[28]) aufgestellten Satz, daß für die Gül-

---

[28]) Wenn nämlich auch ohne Willen des Schuldners durch Expromission die Obligation getilgt werden kann — was ich freilich oben sehr in Zweifel ziehen mußte —, so *bedarf* es in diesem Falle für die Feststellung des Rechtsgrundes

tigkeit der neuen Obligation die Wirklichkeit der frühern Obligation Voraussetzung ist. Will ferner der Delegant dem Delegatar durch die Obligierung des Delegaten eine Dos für eine noch nicht geschlossene Ehe bestellen, so ist die Verpflichtung des letztern durch die wirkliche Eingehung der Ehe bedingt. Will der Delegant dem Delegatar schenken, so ist ohne Insinuation das Versprechen des Delegaten, so weit es 500 solidi übersteigt, nichtig. Und in keinem Falle kommt es darauf an, ob der Delegat selbst den Rechtsgrund kannte, als er versprach; denn indem die Parteien darüber einig waren, daß er nur als Delegat verspreche, wollten sie eben den Rechtsgrund der Forderung nur aus dem Verhältnisse zwischen Deleganten und Delegatar bestimmt wissen. Und schließlich würde selbst Das nichts ändern, wenn der Delegatar selbst das Versprechen entgegennähme, ohne schon erfahren zu haben, aus welchem Rechtsgrunde der Delegant ihm versprechen ließe; denn hier sind alle möglichen materiell individualisierten Verträge bedingungsweise geschlossen, nämlich unter der Bedingung, daß sich Delegatar und Delegant über den betreffenden Rechtsgrund einigen würden.[29]) Ist die subjective causa zwischen Delegatar und Delegaten streitig, so hat natürlich ersterer den Beweis zu führen.

Diese Sätze entsprechen, auch abgesehen von dem durch die Verschiedenheit des Grundprincips unmittelbar gegebenen Gegensatze in Betreff der Beweislast, keineswegs durchgängig den im Römischen Rechte durch exceptio herbeigeführten Resultaten. Hier ist nämlich der Cardinalsatz der, daß für das Recht des Delegatars gegen den

---

nicht des Hereinziehens des Deleganten. So viel die Bürgschaft betrifft, liegt das Gleiche auf der Hand.

[29]) Zur theoretischen Rechtfertigung dieser Aufstellung mögen folgende, ziemlich unpraktische Betrachtungen dienen. Es ist natürlich zwischen allen Vertragschließenden auch ein alternativer, oder ein eventueller Wille über den Rechtsgrund möglich, und namentlich auch dieser Wille, daß der Rechtsgrund derjenige sein solle, über den sie sich später einigen würden: so bei der Eigenthumsübertragung, wie bei der Obligierung. Aber während in einem solchen Falle die erstere, wie auch ein Formalcontract zunächst wirksam ist, und nur bis zur erfolgten Einigung durch condictio sine causa (resp. exceptio doli) angefochten werden kann, so ist dagegen gar nicht zu unterscheiden, ob alle materiell individualisierten Verträge unter der Bedingung, daß die Contrahenten später wollen, oder ob gar keiner geschlossen ist. Letzteres verhält sich nun gerade bei der Delegation anders, in Folge der Vertheilung der beiden Bestandtheile des Vertragswillens auf zwei dem Delegatar gegenüberstehende Personen.

Delegaten weder auf das Verhältniß zwischen Delegaten und Deleganten, noch auf dasjenige zwischen Delegatar und Deleganten etwas ankomme. Und anders kann es auch gar nicht sein, da die exceptio doli gegen die einmal begründete Formalobligation wegen mangelhafter causa überhaupt nur aus dem Grunde gegeben wird, weil der Schuldner ja doch die Obligation, aus der gerade geklagt wird, (oder die dadurch für ihn bewirkte Vermögensminderung) condicieren könnte. Die condictiones sine causa können hier nun aber natürlich nur dem Delegaten gegen den Deleganten einerseits, und dem Deleganten gegen den Delegatar andrerseits zustehen, nicht aber dem Delegaten gegen den Delegatar, als zwischen welchen beiden kein unmittelbares Rechtsgrundverhältniß, wenn ich so sagen darf, besteht. Aus demselben Grunde hatte der Delegat nicht die exceptio legis Cinciae, mochte nun in der Delegation eine verbotene Schenkung von ihm an den Deleganten, oder von dem Deleganten an den Delegatar liegen.[30])

Wo dagegen doch sowohl für den Deleganten gegen den Delegatar, als auch für den Delegaten gegen den Deleganten aus der causa des Geschäftes ein Rückforderungsrecht begründet sein würde, da wird schon bei den Römern ganz consequent sogleich dem Delegaten eine exceptio, und aus Billigkeitsrücksichten sogar eine condictio sine causa auf Acceptilation gegen den Delegatar gegeben.[31]) Ausnahmsweise kann auch da, wo zwischen Deleganten und Delegatar eine Schenkung zu Grunde liegt, der Delegat, der gegen den Deleganten ein Rückforderungsrecht haben würde, dem Delegatar eine exceptio opponieren, und gegen ihn eine condictio sine causa anstellen[32]): diese Begünstigung des Delegaten gilt natürlich auch im heu-

---

[30]) Paul. l. 5, §. 5 D. de doli exc. 44, 4. Cels. l. 21, §. 1 D. de donat. 39, 5. Anders nach der Ansicht der Proculianer, aber deshalb, weil diese die exceptio legis Cinciae für eine exceptio popularis erklärten. Ulp. Vat. fr. 266. Vgl. Savigny, System, Bd. 4, S. 597.

[31]) Iul. l. 2, §. 4 D. de donat. 39, 5. Ulp. l. 7, §. 1 D. de doli exc. 44, 4. Paul. l. 9, §. 1 D. de cond. c. d. c. n. s. 12, 4. l. 5, §. 5 D. de doli exc. 44, 4 (v. „nisi iam divertit“).

[32]) Iul. l. 2, §. 3 D. de donat. 39, 5. Ulp. l. 7, pr. D. de doli exc. 44, 4. Im Justinianischen Recht erscheint Dies, da es nicht bloß bei der nicht insinuierten übermäßigen Schenkung gelten soll, jedenfalls als eine Billigkeitsrücksicht, vielleicht, wie Savigny a. a. O. S. 598 meint, auf Grund eines allgemeineren Principes, das man aus Ulp. l. 4, §. 31 D. de doli exc. 44, 4 entnehmen kann. Für das classische Recht dagegen haben wir vielleicht nur eine Folge des Zusammentreffens der lex

tigen Recht, und zwar so, daß dieser den Beweis des zwischen ihm und dem Deleganten angeblich zu Grunde liegenden mangelhaften Rechtsgrundes zu führen hat. Wo der Delegant dem Delegatar eine Dos für eine noch nicht geschlossene Ehe bestellen will, da wird zwar entschieden, daß die Verpflichtung des Delegaten von dem wirklichen Abschlusse der Ehe bedingt sei[33]); aber hier ist ohne Zweifel vorausgesetzt, daß der Delegatar ausdrücklich „dotis nomine“[34]) oder mit einem ähnlichen Zusatze stipuliert hatte, welche Worte herkömmlich so ausgelegt wurden, als enthielten sie die Bedingung: „si nuptiae fuerint secutae“. Ob der Satz, daß die dotis causa geschehene Stipulation oder Acceptilation ipso iure nicht eher gültig sein soll, als bis jene Bedingung eingetreten ist[35]), sich im Allgemeinen nicht auch auf Geschäfte ohne diese ausdrückliche Erwähnung der causa dotis bezieht, mag freilich sehr zweifelhaft scheinen; aber für den Fall der Delegation dürfen wir ihn wohl, um nicht das Römische Recht einer unbegreiflichen Inconsequenz zeihen zu müssen[36]), um so unbedenklicher

---

Cincia mit dem Mangel der causa zwischen Delegaten und Deleganten darin zu erblicken, namentlich da auf Grund der erstern auch eine condictio sine causa des Deleganten gegen den Delegatar stattfinden konnte. Cels. l. 21, §. 1 D. de donat. 39, 5. Paul. l. 5, §. 5 D. de doli exc. 44, 4. Wie weit freilich das Gebiet dieser condictio reichte, mag sehr zweifelhaft erscheinen, zumal da nach Iul. l. 2, §. 2 D. de donat. 39, 5 (v. „donatio perfecta est“) und Hermog. l. 33, §. 3 ib. (v. „perficitur donatio“) da, wo der Delegant zugleich vom Delegaten beschenkt wurde und dem Delegatar schenkte, weder sie, noch eine exceptio stattgefunden zu haben scheint. Wohl mit Unrecht dehnt Erxleben, die Condictiones sine causa, Th. 1, S. 178 diese condictio sine causa auf alle Fälle aus, wo auf Grund einer gegen die lex Cincia verstoßenden Stipulation geleistet ist, auch ohne daß die Voraussetzungen der condictio indebiti vorliegen (oder gar auf alle Fälle, wo, wenn auch durch Eigenthums- und Besitzübertragung, supra modum geschenkt ist?); denn Gai. l. 54 D. de don. int. vir. et ux. 24, 1, auf welche Stelle er sich beruft, braucht gar nicht auf die lex Cincia bezogen zu werden.

[33]) Ulp. l. 36. Paul. l. 37 D. de I. D. 23, 3. Iul. l. 7, pr. Paul. l. 9, §. 1 (v. „et nuptiae secutae fuissent“) D. de cond. c. d. c. n. s. 12, 4.

[34]) Vgl. z. B. l. 20. l. 48, pr. D. de I. D. 23, 3. l. 108, pr. D. de V. O. 45, 1.

[35]) L. 4, §. 2 D. de pact. 2, 14. l. 21. l. 41, §. 1. l. 43. l. 68 D. de I. D. 23, 3. Vgl. dag. freilich l. 10 D. de cond. c. d. c. n. s. 12, 4. — Nach Windscheid, Voraussetzung, S. 147, gilt dieser Satz „nur von dem Versprechen, eine dos geben zu wollen, nicht von dem Versprechen, wodurch eine dos gegeben wird“. Das erstere Versprechen ist aber in der That nur eine Form des letzteren.

[36]) Der Satz beruht nämlich keinenfalls auf einer zwingenden Gesetzesvorschrift, sondern auf dem vermutheten Willen der Parteien. Bei der Delegation braucht

auf die angegebene Art einschränken, als bei der Dosbestellung diese Form der Stipulation bei Weitem die gebräuchlichste gewesen zu sein scheint.

In einem Falle jedoch, wo die Stipulation, wenn direct zwischen Delegatar und Deleganten vorgenommen, ausnahmsweise ipso iure nichtig sein würde, finden wir diese Nichtigkeit auch auf die Promission des Delegaten erstreckt: ich rede von dem Falle, wo Delegant und Delegatar Ehegatten sind, und eine Schenkung zwischen ihnen zu Grunde liegt.[37]) Dies hat aber darin seinen Grund, daß das singuläre Verbot der Schenkungen unter Ehegatten überhaupt jedes zu diesem Zwecke geschlossene Geschäft vernichtet: so auch die auf Delegation des einen Ehegatten von dem andern vollzogene Expromission einer Schuld des erstern[38]): was natürlich auch heutzutage noch einredenweise von dem Delegaten geltend gemacht werden kann. Nach Savigny[39]) wäre dieses Recht der Schenkungen unter Ehegatten im Sinne des Justinianischen Rechtes analog anzuwenden auf das Verbot der nicht insinuierten Schenkungen über 500 solidi, da dieses nicht mehr, wie die lex Cincia, per exceptionem, sondern ipso iure wirkt. Für den Fall, wo sowohl zwischen Deleganten und Delegatar, als auch zwischen Delegaten und Deleganten eine übermäßige Schenkung zu Grunde liegt, scheint mir Dies auch unzweifelhaft, da doch vermittelst zweier Condictionen vollständige Rückforderung des Ueberschusses würde eintreten können, und da l. 2, §. 2 u. l. 33, §. 3 D. de donat. 39, 5, welche das entgegen gesetzte Cincische Recht enthalten, im Sinne des Justinianischen Rechtes auch anders, nämlich nichtssagend, erklärt werden können.[40]) Dagegen scheint es mir nicht gestattet, sich für das Justinianische Recht da, wo nur eine Schen-

---

nun aber der Delegat gar nicht nothwendig zu wissen, daß er dotis causa promittiert: in diesem Falle wäre doch jene Interpretation der Stipulation als solcher völlig widersinnig. Freilich ist der Delegat damit einverstanden, daß aus dem Verhältnisse zwischen Deleganten und Delegatar die causa entnommen werde; aber keinenfalls kann die causa als solche ipso iure auf den Inhalt der Stipulation einwirken.

[37]) Ulp. l. 5, §. 3. Iul. l. 39 D. de don. int. v. et ux. 24, 1. Savigny, System, Bd. 4, S. 589.

[38]) Ulp. l. 5, §. 4 D. de don. int. v. et ux. 24, 1. Savigny a. a. O. S. 588.

[39]) A. a. O. S. 599 f.

[40]) Dahin, daß durch die Promission des von einem zu Beschenkenden und Schenker an den zweiten zu Beschenkenden delegierten Schenkers zugleich zwei Schenkungen zu Stande kommen.

kung vorliegt, über die ausdrücklich entgegenstehenden l. 5, §. 5 D. de doli exc. 44, 4 und l. 21, §. 1 D. de donat. 39, 5 hinweg zu setzen; daß der Ausdruck exceptio, den sie brauchen, wegen der Richtigkeit des Justinianischen Rechtes als Einrede im weitern Sinne verstanden werden muß, kann dabei nicht als Gegengrund ins Gewicht fallen.[41]) Für die heutige formlose Delegation hat diese Frage nur noch für den Fall einer Schenkung des Delegaten an den Delegaten Bedeutung, da nach dem Obigen eine Schenkung des Delegaten an den Delegatar jedenfalls als Rechtsgrund des dem Delegatar zustehenden Forderungsrechtes ihren Einfluß übt.

Das höchst persönliche beneficium competentiae des Schenkers, welches ja nicht unmittelbar eine Beschränkung des materiellen Rechtes des Beschenkten, sondern nur eine Beschränkung der Condemnation involviert, darf wohl auch nach heutigem Recht auf keinen Fall der Schenkung durch Delegation ausgedehnt werden.[42])

Ich glaube nicht, daß diesen aus innern Gründen für die heutige formlose Delegation gefundenen Rechtssätzen ein Gewohnheitsrecht entgegensteht, welches das formlose Versprechen, wenn in Veranlassung einer Delegation gegeben, ausnahmsweise zum Formalcontracte gestempelt hätte.

§. 11.

Der angebliche formale Anerkennungsvertrag.

Außer den eben besprochenen Fällen führt Bähr noch einige andere auf, wo nach seiner Ansicht der Wille der Contrahenten einen Formalcontract begründet, welche er unter dem gemeinsamen Namen der Anerkennungsverträge zusammenfaßt, nämlich das Abrechnungsgeschäft, die Ausstellung eines Schuldscheines, die einfache auf Feststellung des Bestandes einer Schuld gerichtete Anerkennung.[1])

Gegen die Existenz dieser Formalcontracte im heutigen Recht

---

[41]) Eben so kommt exceptio z. B. auch in l. 24 D. de donat. 39, 5 vor.

[42]) Vgl. Paul. l. 41, pr. D. de re iud. 42, 1. Hermog. l. 33, §. 3 D. de donat. 39, 5.

[1]) Bähr a. a. O. S. 157. 161. 163. Mit diesen Verträgen stehen dort zusammen die Ausstellung einer Quittung und die einfache Anerkennung des Nichtbestandes einer Schuld, welche ich hier weglasse, weil ich es zunächst nur mit den obligatorischen Verträgen zu thun habe.

würde zunächst alles Das streiten, was zur Widerlegung der Bähr'schen Theorie von den heutigen obligatorischen Verträgen im Allgemeinen beigebracht ist. So weit die genannten Geschäfte wirklich obligatorische Verträge sind — was nach meiner Ansicht gleichfalls nur zum Theil der Fall ist —, liegt nicht die mindeste Berechtigung für die Annahme vor, daß die Contrahenten ihren Willen gerade auf den Abschluß eines formalen Vertrages gerichtet haben[2]: und sollten sie dennoch die proceßrechtlichen Grundsätze über die Erfordernisse der Geltendmachung von Rechten in dieser Weise haben ausschließen wollen, so würden sie etwas für die Privatwillkür Unerreichbares gewollt haben.

So steht die Sache, wenn die formale Natur der genannten Verträge auf den Privatwillen gestützt werden soll; indessen entspricht es wohl nur dem Sinne Bähr's, wenn auf diesen Ausgangspunct nicht zu viel Gewicht gelegt, und seine Ansicht eventuell dahin aufgefaßt wird, daß nach heutigem Gewohnheitsrecht jenen Geschäften der Charakter obligatorischer Formalcontracte zukomme. Eine eingehendere Besprechung dieses Satzes, den ich freilich für ganz falsch halte, ist um so weniger überflüssig, als Bähr nicht nur denselben mit großem Aufwande von Scharfsinn, der sich allerdings von Sophistik nicht frei hält, verfochten, sondern auch die mehr oder minder vollständige Zustimmung anderer Schriftsteller dafür gewonnen hat. So hat sich Arndts unter einigen Vorbehalten das Bähr'sche Resultat im Großen und Ganzen angeeignet[3]; Brinz erklärt wenigstens den Schuldschein (und damit den schriftlich gemachten Abrechnungsvertrag) für die Form eines Formalcontractes[4], ohne übrigens für diese Beschränkung auf schriftliche Geschäfte Gründe anzugeben.

Die obligatorischen Anerkennungsverträge sind für Bähr zugleich Beispiele eines auch durch andere Gebiete des Rechtes verbreiteten

---

[2]) Aus diesem Grunde erklärt sich gegen Bähr auch Unger, Inhaberpapiere, S. 67 u. 100.

[3]) Münchener krit. Ueberschau, Bd. 4, S. 239 ff.

[4]) Lehrb. der Pandekten, Abth. 1, §§. 100. 101. 129 (S. 555). 149 (S. 650). — Die Ansicht von Dernburg, in der Heidelb. krit. Zeitschr. Bd. 3, S. 510 ff., ist mir nicht ganz klar geworden — der Vertrag, aus dem geklagt wird, soll ein „wichtiges Beweismoment" sein, welches „regelmäßig nur durch Gegenbeweis zu beseitigen" sei —: doch glaube ich, daß seine Auffassung im Ganzen mit der von mir zu entwickelnden zusammenfallen wird.

Institutes, der sogenannten echten Anerkennung, deren Darstellung die eigentliche Aufgabe des Bähr'schen Buches ist. Nach dieser Darstellung nun läßt sich das Wesen dieses Institutes in folgende Sätze zusammenfassen. Es besteht allemal in einer (ausdrücklichen, oder stillschweigenden) übereinstimmenden Willenserklärung zweier oder mehrerer Personen, ist also ein Vertrag; dieser Vertrag erzeugt unabhängig von seinem Rechtsgrunde das von den Parteien gewollte Recht, ist also ein Formalact; die Form besteht nur darin, daß der Geber (im weitesten Sinne) dem Empfänger gegenüber mit beliebigen Worten, oder auch stillschweigend anerkennt, daß dem letztern dieses Recht, welches ihm eben verschafft werden soll[5]), schon zustehe.[6]) Ob der Anerkennende dabei ausdrücklich seinen Willen von Neuem dahin erklärt hat, daß das fragliche Recht dem Andern deshalb nun auch zustehen solle, oder nicht, ist gleichgültig.

Auf Grund dieser Charakteristik legt Bähr mit Recht der echten Anerkennung noch folgende Eigenschaften bei. Sie begründet, wo das anerkannte Recht schon wirklich besteht, dasselbe dann nicht neu, wenn nach der Natur des fraglichen Rechtsverhältnisses mehrere Rechte von identischem Inhalte derselben Person nicht zustehen können.[7]) — Ich bemerke dazu noch, daß die letztere Bedingung wohl in allen Fällen, außer dem der Anerkennung einer Obligation, vorliegen möchte. — Indessen hat die Anerkennung praktisch auch in diesen Fällen darum nicht mindere Bedeutung; denn wenn der Anerkennende später im Processe behauptet, daß das fragliche Recht überhaupt dem Gegner nicht zustehe (resp. daß ihm selbst das bestrittene Recht zustehe), so kann er nicht gleichzeitig den Nachweis der Anerkennung dadurch wirkungslos machen, daß er behauptet, das Recht habe dem Gegner ohnehin schon zugestanden (resp. ihm selbst nicht zugestanden): so wie er Dies behauptete, bedürfte es des Beweises der Entstehung

[5]) Unter dem Erzeugen eines Rechtes ist hier die Tilgung eines dem Geber bisher gegen den Empfänger zustehenden Rechtes mitzuverstehen.

[6]) Diese Form würde also, so weit es sich um obligatorische Verträge handelt, sehr viel Aehnlichkeit mit der des Römischen receptum argentariorum haben, wenn man die §. 5, bei Note 12, über letzteres aufgestellte Vermuthung gelten läßt.

[7]) Z. B. der liberatorische Vertrag in Bezug auf eine nicht bestehende Schuld, der Vertrag, wodurch eine schon bestehende Servitut nochmals bestellt wird, ist materiell (d. h. abgesehen von processualischer Benutzung) völlig wirkungslos. Vgl. Bähr S. 163 f. S. 193. Für diese Rechtsverhältnisse kann man denn geradezu die Fiction ihres Bestehens als die Form des Anerkennungsvertrages bezeichnen.

des Rechtes gegen ihn überhaupt nicht mehr. Sodann bemerkt Bähr mit Recht, daß die echte Anerkennung nur auf solche Rechte Anwendung finden könne, deren Begründung überhaupt durch bloßen (formlosen) Vertrag möglich sei.[8]) Hierauf allein scheint mir auch die von Bähr ganz consequenter Weise ausgesprochene Meinung begründet werden zu können, daß eine echte Anerkennung des Eigenthums nicht möglich sei, im Gegensatz zu den übrigen dinglichen Rechten; denn während diese durch bloßen Vertrag bestellt werden können[9]), erfordert die Uebertragung des Eigenthums die Form der Tradition.[10]) Im Uebrigen finde ich in Bähr's Casuistik der „echten" und „unechten" Anerkennung manche Inconsequenzen, denen nachzugehen hier aber nicht der Ort ist.

Prüfen wir nun zunächst, was wir durch diese neue Lehre gewonnen haben, so wird uns für die meisten Fälle das erlangte Resultat im Verhältniß zu dem aufgewandten systematischen Apparate überraschend gering erscheinen. Ich rede hier von allen denjenigen Rechtsverhältnissen, deren Begründung durch einfache Willenserklärung ohne Beziehung auf den Rechtsgrund, also durch einen Formalact, ohnehin außer Zweifel stand, als da sind alle dinglichen Rechte, ferner die Nichtexistenz einer Obligation, die Nichtzuständigkeit einer Exception, und überhaupt, wenn ich nicht irre, alle durch Vertrag zu begründenden Rechte, mit einziger Ausnahme der Obligationen. Wenn z. B. ein Gläubiger seinem Schuldner in irgend einer Form erklärt, daß er alle ihm etwa noch zuständigen Ansprüche hiermit aufgeben wolle, so ist jedenfalls der Schuldner liberiert[10a]), gleichviel ob der Gläubiger damit ein Anerkenntniß verbunden hat, daß er ohnehin schon Nichts mehr zu fordern habe (wo dann den Worten nach jener Verzicht als leere Formel erscheint), oder nicht; der entsprechende Er-

---

[8]) A. a. O. S. 181.

[9]) Die Controverse in Betreff der Servituten kommt hier schon um deswillen nicht in Betracht, weil auch Bähr sie gar nicht berücksichtigt.

[10]) Bähr selbst verdeckt im §. 50 diese einfache Sachlage, die er jedoch S. 190, bei Note 1, beiläufig gleichfalls andeutet, durch unhaltbare Deductionen, die im Einzeln zu verfolgen hier zu weit führen würde.

[10a]) In diesem Puncte ist freilich Brinz anderer Ansicht (s. §. 8, Anm. 12): und so hat für ihn die Quittung (aber nur die schriftliche) noch die besondere Bedeutung, neben den materiell bestimmten formlosen Erlaßverträgen heutzutage die Römische Acceptilation zu ersetzen; vgl. Pandekten, §. 148, S. 638—640.

folg tritt ein, wenn ein Pflichttheilsberechtigter dem eingesetzten Erben gegenüber auf die Anfechtung des Testamentes verzichtet, gleichviel ob er zugleich anerkannt hat, daß er auch gar kein Recht zur Anfechtung habe, oder nicht. So weit ist also nie ein Zweifel möglich gewesen: und für Bähr handelt es sich außerdem nur noch um die Interpretationsfrage, ob in einer solchen Anerkennung auch ohne hinzugefügten ausdrücklichen Verzicht dennoch schon ohne Weiteres ein Verzicht zu finden sei: eine Frage, die freilich praktisch oft sehr wichtig werden kann, zu deren theoretischer Erörterung es aber gewiß nicht der Aufstellung eines neuen Rechtsinstitutes bedarf, welches Bestellung von dinglichen Rechten, von Reallasten, Begründung von Obligationen, Verzicht auf dieselben, Verzicht auf Anfechtungen verschiedener an sich begründeter Rechtsverhältnisse u. s. w. aus dem einzigen Gesichtspuncte zusammenfaßt, daß die das Recht begründende (oder vernichtende) Willenserklärung bei allen diesen verschiedenartigen Verträgen in analoger Wortfassung abgegeben wird. Ich glaube nun, daß diese Interpretationsfrage aus dem einfachen Grunde zu verneinen ist, weil die Worte hier zunächst nur die Absicht, dem Andern ein Beweismittel gegen sich zu verschaffen, aussprechen, und weil es für die Annahme, daß Jemand mit irgend welchen Worten mehr hat sagen wollen, als sie an und für sich bedeuten, immer noch der Angabe und des Nachweises besonderer hierauf hinweisender Umstände bedarf, welche allerdings in den fraglichen Fällen oft vorhanden sein mögen, aber doch nicht präsumiert werden dürfen. Doch ist hier noch ein Unterschied hervorzuheben, dessen Vernachlässigung bei Bähr die Quelle großer Unklarheit geworden ist. Wo es sich um ein anfechtbares Rechtsverhältniß handelt, wie ein Klagrecht, dem die exceptio temporis entgegenstehen (Bähr S. 176), ein Testament, das der querela inofficiosi unterliegen könnte (Bähr S. 197 ff.), da verwechselt Bähr zwei ganz verschiedene Begriffe: die Anerkennung des anfechtbaren Objectes, und die Anerkennung der Nichtzuständigkeit eines Anfechtungsrechtes. Die erstere ist bloß ein anderer Ausdruck für den Verzicht auf das (zuständige) Anfechtungsrecht im Allgemeinen, und es ist daher eine Tautologie, oder wenn man will, eine bloße Definition, daß z. B. wer das Testament anerkennt, auf die querela inofficiosi verzichte; die letztere ist dagegen dem Wortlaute nach nur ein Gegenbeweismittel gegen den vom Anfechtenden etwa zu erbringenden Beweis seines Anfechtungsrechtes, und es ist erst Interpretationsfrage,

ob darin nicht vielmehr eben jene Anerkennung z. B. des anfechtbaren Testamentes zu finden sei.[11])

Ich wende mich jetzt wieder ausschließlich zu den obligatorischen Anerkennungsverträgen. Hier hat die Bähr'sche Lehre eine ungleich größere theoretische und praktische Bedeutung, eben weil es sich hier nicht bloß um die Herstellung eines rechtsbegründenden Vertrages durch Interpretation des unter den Contrahenten Vorgegangenen handelt, dessen formale Natur, wenn er nachgewiesen wäre, jedenfalls außer Zweifel stünde, sondern weil zugleich diese seine formale Natur selbst in Frage kommt. Man denke sich einen Schuldschein, wie den folgenden: „ich bekenne am 1. März von A für 100 Thlr. Weizen gekauft und empfangen zu haben und verspreche diese 100 Thlr. demnächst zu bezahlen" (mit Unterschrift): wenden wir auf denselben das materiell sondernde Princip an, so haben wir in dem darin enthaltenen Versprechen ein Constitutum; der Kläger hat die Existenz der versprochenen Schuld darzuthun — wodurch, wird bald zu erörtern sein —; der Beklagte kann diesen Beweis durch einfachen Gegenbeweis widerlegen. Nehmen wir aber einen formalen Anerkennungsvertrag an, so hat der Beklagte, wenn er sich frei machen will, von vorn herein zu beweisen, daß er denselben entweder in irrthümlicher Voraussetzung einer nicht bestehenden Schuld, oder in der (nicht eingetretenen) Voraussetzung, hinterher die verschriebene Summe baar ausgezahlt zu erhalten, oder aus irgend einem andern objectiv mangelhaften Rechtsgrunde ausgestellt habe. So faßt im Allgemeinen auch Bähr die Sache auf. Es ist aber inconsequent von ihm und

---

[11]) Daß eine Theilzahlung als solche jemals einen Verzicht auf eine Exception involviere, ist, beiläufig bemerkt, eine freilich öfters aufgestellte, aber nichtsdestoweniger gewiß unrichtige Ansicht. Bähr behauptet diese Wirkung der Theilzahlung (S. 173 f.) für die exceptiones metus, doli, non numeratae pecuniae, SC. Macedoniani, und ist, in Ermangelung von Quellenstellen, geneigt, Dies auch auf die exceptio temporis auszudehnen. Aber l. 2 u. 4 C. de his, quae vi 2, 20 sprechen ausdrücklich nur von dem schon Gezahlten, wenden also den allgemeinen Satz an, daß ein wissentlich gezahltes indebitum nicht zurückgefordert werden kann, und l. 7, §. 16 D. de SC. Maced. 14, 6 und l. 4 C. de non num. pec. 4, 30 lassen verschiedene Auslegungen zu. Bis zu einem gewissen Grade modificiert auch Bähr selbst an einem andern Orte (S. 333) seinen allgemeinen Satz. Aber wie kann je deshalb, weil z. B. von zwangsweise versprochenen Zehn der Promissor Fünf durch Zahlung schenkt, ohne Weiteres noch eine Schenkung von andern Fünf durch Verzicht auf die exceptio metus angenommen werden?

scheint auf einige Unsicherheit in der von ihm selbst gelehrten Auffassung des Anerkennungsvertrages hinzudeuten, wenn er alle diese Anfechtungen außer der erstgenannten unter den Begriff der Simulationseinrede bringt, und bei jener einen besondern Nachweis des Beklagten, daß wirklich die subjectiv gewollte causa in einer schon bestehenden Schuld gelegen sei, für überflüssig hält (S. 242, Anm. 3 a). Denn ein Formalcontract, der ja als solcher sich überhaupt gar nicht dafür ausgiebt, auf irgend einer bestimmten unter allen möglichen materiellen causae zu beruhen, kann auch nie deshalb simuliert genannt werden, weil ihm eine bestimmte (andere) causa in Wahrheit zu Grunde liegt: und eben so wenig trifft Das, was ich selbst oben (§. 4) für die Stipulationsurkunde, welche eine bestehende Schuld als causa nennt, zugegeben habe, hier zu, daß nämlich der Kläger, der die Urkunde produciere, sie auch als Beweismittel gegen sich gelten lassen müsse. Denn dort handelte es sich um ein außergerichtliches Geständniß sowohl der Stipulation, als auch einer bestimmten causa derselben, welches der Promissor als ein untheilbares Ganzes dem Stipulator hingegeben hatte, und von dem dieser nicht die Wahrheit der einen Hälfte verwerfen durfte, während er sich auf die andere als wahr berief; hier aber ist von einem Geständnisse überhaupt gar nicht die Rede; vielmehr ist die Urkunde selbst der Vertrag, aus dem geklagt wird — d. h. der Abschluß dieses Vertrages wird durch Augenschein erwiesen —, und die Anerkennung einer ältern Schuld gehört in jedem Falle zur nothwendigen Form desselben, kann also unmöglich zugleich als Beweismittel für einen bestimmten Rechtsgrund des Vertrages dienen.[12])

Durch diese Inconsequenz wird eigentlich schon die ganze angefochtene Lehre hinfällig. Dagegen läßt sich nicht leugnen, daß Bähr die letztere auf diese Weise in den praktischen Ergebnissen der richtigen Ansicht näher gebracht hat. Und ohne Zweifel liegt jener Lehre auch

---

[12]) Vgl. die treffenden Bemerkungen Liebe's über eine analoge Frage, in den Erläuterungen zur DWO. S. 110 f. — Ob Brinz diesen Punct consequenter auffaßt, als Bähr, ist aus seiner Darstellung (Pandekten, Abth. 1, §. 100, S. 425 ff.) nicht deutlich zu erkennen, da die klare, in den condictiones sine causa gewonnene Grundlage bei ihm sofort durch das Hineinmischen des Rechtes der exc. non numeratae pecuniae (nach der herrschenden Lehre) und der auf Stipulationsurkunden bezüglichen Vorschriften der l. 25, §. 4 D. de prob. 22, 3 und der l. 13 C. de n. n. p. 4, 30 getrübt wird.

ein richtiges Gefühl von der praktischen Unerträglichkeit verschiedener, in Theorie und Praxis mehr oder minder gangbarer Rechtssätze zu Grunde, deren Herrschaft Bähr auf diesem Wege einzuschränken sucht. Es scheint mir unzweifelhaft, daß in jenen angeblichen Rechtssätzen vielfache, bedeutende Irrthümer stecken, daß aber die Wahrheit hier auf einem andern, als dem von Bähr eingeschlagenen Wege zu suchen ist.

Nach meiner Ansicht wird sich die wahre rechtliche Auffassung der hier fraglichen Verhältnisse nicht aus der Aufstellung eines neuen Formalcontractes, des Anerkennungsvertrages, sondern lediglich aus einer richtigen Einsicht in die processualische Bedeutung des außergerichtlichen Geständnisses einerseits, und in die rechtlichen Wirkungen des Constitutums andrerseits ergeben.

In einer unterschriebenen Urkunde etwa des Wortlautes: „ich bekenne hiermit dem A 100 Thlr. schuldig zu sein", so wie in einer mündlichen, oder etwa einer stillschweigenden Erklärung gleichen Inhalts, welche für Bähr sich als Fälle der „echten Anerkennung" darstellen würden, ist nach der herrschenden Lehre ein außergerichtliches Geständniß zu finden, welches als solches höchstens processualisch als Beweismittel in Betracht kommen kann, aber keine materiellen Rechtswirkungen hervorbringt. Freilich gerade ein außergerichtliches Geständniß, wie das eben erwähnte, nämlich ein Schuldbekenntniß ohne Angabe des Entstehungsgrundes der Obligation, hat nach der gemeinen Meinung nicht einmal Beweiskraft. Dieser Lehre setzt Bähr (S. 251) die Behauptung entgegen, daß eine solche Urkunde freilich nicht als Beweismittel einer bestimmten materiellen Verbindlichkeit, aber als abstracter Verpflichtungsact, welcher so lange binde, als nicht einredenweise der Mangel der causa dargelegt werde, wirksam sein müsse. Das Wahre in dieser Behauptung liegt für mich darin, daß die Urkunde zwar nicht als Beweismittel einer bestimmten Verbindlichkeit, aber doch als Beweismittel einer Verbindlichkeit überhaupt zu gelten hat: und in diesem Sinne glaube ich die gemeine Ansicht im §. 4 bereits völlig widerlegt zu haben.[13])

Vielleicht von geringerer praktischer, aber jedenfalls von einer noch durchgreifenderen theoretischen Bedeutung ist nun aber eine Unklarheit, an welcher mir die herrschende Lehre vom außergerichtlichen

[13]) Gegen die letztere enthält der Bähr'sche §. 63 viele vortreffliche Bemerkungen, welche mutatis mutandis auch für meine Ansicht brauchbar sind.

Geständnisse in ihrer Grundanschauung zu leiden scheint. Häufig nämlich wird übersehen, daß man unter dem Namen „außergerichtlicher Geständnisse" zwei wesentlich verschiedene Classen von Erklärungen zusammen zu fassen pflegt: diejenigen, welche mit dem Bewußtsein und der Absicht geschehen, dem Andern dadurch ein Beweismittel über eine dem Erklärenden rechtlich nachtheilige Thatsache zu liefern, und alle übrigen ernstlichen Aeußerungen einer dem Aeußernden selbst rechtlich nachtheiligen Ansicht. Von den erstern darf man mit vollem Recht behaupten, daß sie einen rechtlichen Willensact darstellen[14]); denn ein solcher ist ohne Zweifel dann stäts vorhanden, wenn Jemand absichtlich eine Handlung vornimmt, von der er weiß, daß sie auf seine rechtliche Lage irgend einen bestimmten Einfluß ausübt. Die hinzukommende Entgegennahme des Geständnisses von Seiten des Andern oder seines Vertreters macht aus diesem einseitigen Willensacte einen zweiseitigen, also einen wahren Vertrag, wenn auch keinen obligatorischen. In diesem Willen des Bekennenden liegt eben der Grund der Glaubwürdigkeit des Geständnisses: der Richter hat keinen Grund, Das zu bezweifeln, was die Partei mit vollem Bewußtsein von der Bedeutung ihres Actes gegen sich als wahr hat gelten lassen wollen. Dies ist der wahre Sinn des Erfordernisses des „animus confitendi", welchen man oft fälschlich in der „Ernstlichkeit", oder gar in der „Absicht, die Wahrheit zu sagen" — woraus sollte diese ermittelt werden? — gefunden hat. Es wäre wohl wünschenswerth, auf diese Willensacte allein die Bezeichnung *außergerichtliches Geständniß* einzuschränken, wie denn ja auch unter dem „*gerichtlichen* Geständniß" unzweifelhaft ein *Willensact* verstanden wird, wodurch die Parteien im Processe eine erhebliche Thatsache als unstreitig, und somit keines Beweises mehr bedürftig feststellen.[15]) Jene sonstigen mit Ernst und Ueberlegung gethanen Aeußerungen, welche etwas für den Aeußernden Nachtheiliges enthalten, tragen einen ganz andern Charakter an sich: sie können unmöglich jemals vollen Be-

---

[14]) Diese Seite des außergerichtlichen Geständnisses ist auch schon im §. 7 hervorgehoben worden.

[15]) In Bezug auf diese *Wirkung* des gerichtlichen Geständnisses ist freilich a. M. *Bethmann-Hollweg*, Versuche, No. 4, S. 310 ff., der gegen dasselbe, gerade wie gegen ein außergerichtliches Geständniß, noch einfachen Gegenbeweis zuläßt; aber s. dag. *Savigny*, System, Bd. 7, S. 41 f., *Linde*, Lehrb. des Civilpr. §. 256, *Wetzell*, System des Civilpr. §. 19, S. 106, *Bähr*, Anerkennung, S. 169.

weis machen, vielmehr nur als Indicien von sehr verschiedenem, oft aber verschwindend kleinem Werthe in Betracht kommen. Wenn z. B. A selbst dem C einmal erzählt hat, daß er von B ein Darlehn erhalten habe, so mag dadurch freilich eine etwas größere Wahrscheinlichkeit für das fragliche Darlehn entstehen, als wenn D dem C außergerichtlich mittheilt, einen solchen Vorgang zwischen B und A mit angesehen zu haben; aber da doch auch A selbst nicht nur von seinem Gedächtnisse getäuscht sein, sondern sogar tausend Ursachen haben konnte, dem C absichtlich eine Unwahrheit zu erzählen (ohne daß B irgend ein Recht hätte, daraus Vortheil zu ziehen), so bleibt doch noch ein unendlicher Abstand von der Gewißheit, welche durch die gerichtliche Aussage zweier vereideter Zeugen erzielt wird. Statt daher für die außergerichtlichen Geständnisse das Erforderniß des animus confitendi in jenem laxen, zweideutigen Sinne aufzustellen, und ihnen insgesammt eine nach Umständen verschiedene, durch richterliches Ermessen festzustellende Beweiskraft zuzuschreiben, sollte man erkennen, daß bei vielen Erklärungen, die man darunter mitbegriffen hat, gar kein animus confitendi im wahren Sinne vorliegt, und daß diese höchstens eine praesumptio hominis für den Beweissatz liefern können, während dagegen gar kein Grund vorhanden ist, einem eigentlichen Geständnisse jemals die volle Beweiskraft abzusprechen.[16]) Daß Letzteres in der Praxis nicht geschieht, ist außerdem unzweifelhaft. Denn Eins von Beiden ist nur möglich; entweder *jedes* (eigentliche) außergerichtliche Geständniß macht vollen Beweis, oder es muß zu diesem Ende *jedesmal* noch der Nachweis der *besondern Umstände*, unter denen es abgelegt ist, hinzukommen. Welchem Gericht wird es aber einfallen, wenn ihm z. B. ein schriftliches Schuldbekenntniß vorgelegt wird, das darin Zugestandene durch die Handschrift allein noch nicht für *vollbewiesen* anzusehen?[17]) Wenn

[16]) Auch hiervon ist schon im §. 7 die Rede gewesen, und zwar gerade im Gegensatze zu der Darstellung von *Bähr* (§. 34), der, so weit es sich um die *proceßrechtliche* Bedeutung des außergerichtlichen Geständnisses handelt, durchaus der herrschenden Lehre anhängt.

[17]) In diesem Sinne haben z. B. erkannt das OAG. zu Dresden (*Seuffert* Archiv, Bd. 2, No. 108), das OAG. zu Lübeck im J. 1855 (a. a. O. Bd. 11, No. 137, u. *Schletter*, Jahrbücher, Bd. 3, S. 101, No. 57), und in Bezug auf ein mündliches Geständniß, das OT. zu Stuttgart im J. 1850 (*Seuffert* Archiv, Bd. 4, No. 31). In einem Falle dagegen, wo als Gegenbeweisgrund ein „außergerichtliches Geständniß" ohne wahren animus confitendi vorlag, hat das OAG.

man freilich die etwa vom Gegner beigebrachten Gegenbeweismomente *besondere Umstände* nennen wollte, welche ausnahmsweise die Beweiskraft des Geständnisses beeinträchtigten, so wäre dagegen vielleicht nicht Viel zu erinnern; nur wäre dann zu bedenken, daß jeder andere volle Beweis, z. B. der durch zwei unverdächtige Zeugen erbrachte, dem Einflusse derartiger Umstände nicht minder ausgesetzt ist.

Ich darf mich für die hier aufgestellte Ansicht auf die (ungedruckte) Auctorität meines verehrten Lehrers *Briegleb* berufen[18]), so wie auf *Wetzell*, dessen Darstellung wenigstens im Wesentlichen damit übereinstimmt[19]), endlich auf ein Erkenntniß des OAG. zu Lübeck vom J. 1843[20]), wo sehr scharf zwischen den zwei Arten der „außergerichtlichen Geständnisse" unterschieden, und nur den mit dem animus confitendi (in unserm Sinne) abgelegten, diesen aber auch unbedingt[21]), volle Beweiskraft zugesprochen wird. Uebrigens findet sich diese Ansicht auch bei ältern Processualisten, wenn auch nicht in völliger Klarheit, schon angedeutet[22]); namentlich liegt sie dem häufig aufgestellten Erfordernisse der Dispositionsfähigkeit des Gestehenden zu Grunde[23]): und erst *Bethmann-Hollweg* hat durch seine gewichtige Auctorität in der Theorie der Theoretiker und Praktiker,

---

zu Kiel im J. 1854 (a. a. O. Bd. 11, No. 189) den durch Zeugen geführten Hauptbeweis dadurch nur in nicht unerheblichem Grade *geschwächt* (nicht aber ganz entkräftet) gefunden.

[18]) Natürlich, ohne ihm die Verantwortlichkeit für alle Einzelheiten meiner Darstellung aufbürden zu wollen.

[19]) System des ordentl. Civilpr. §. 22.

[20]) Hamb. Sammlung, Bd. 1, S. 92. *Seuffert* Archiv, Bd. 1, No. 145.

[21]) Dies ist so ausgedrückt: „daß es — auf die Wahrscheinlichkeit des Eingeräumten gar nicht weiter ankommt". — Freilich scheint mir auf die dort fraglichen Geständnisse ohne animus confitendi in concreto noch zu viel Gewicht gelegt zu sein. (Erfüllungseid erkannt, während die erste Instanz nur Reinigungseid gewollt hatte.)

[22]) *Gönner*, Handbuch, Th. 2. No. 43. §§. 7. 8. S. 375. *Martin*, bürg. Proceß, §. 123 a (§. 128), und Vorlesungen, §. 128, S. 31 u. 42. *Gensler*, im Archiv f. d. civ. Pr., Bd. 1, S. 50, Anm., sagt wenigstens: „deshalb erweisen anerkannte außergerichtliche Schuldschriften der Regel nach so vollkommen, als das gerichtliche Schulddocument."

[23]) Diese verlangt, jedoch zweifelnd, auch *Heffter*, zu *Weber's* Verbindl. zur Beweisführung, 3. Ausg. S. 245.

wenn auch nicht durchgängig in der Praxis der letztern, die ganz entgegengesetzte Auffassung zur Herrschaft gebracht.[24])

Dem Umfange nach fällt nun Bähr's „echte Anerkennung" namentlich im Gebiete des Obligationenrechtes ganz mit Dem zusammen, was ich hier als das außergerichtliche Geständniß im eigentlichen Sinne hingestellt habe.[25]) Insofern er also einem solchen außergerichtlichen Geständnisse die Natur eines Willensactes vindiciert, ist seiner Lehre gewiß beizustimmen: nur ist in demselben nicht der Wille erklärt, eine Verpflichtung gegen den Andern zu übernehmen, sondern ihm ein Beweismittel zu liefern. Wenn Dies richtig ist, so ist damit also praktisch so Viel außer Zweifel gestellt, daß ein Schuldbekenntniß, welches den Entstehungsgrund der Schuld nennt, allemal

---

[24]) Versuche, No. 4, S. 300. 303. 307 ff. In Einzelem weichen freilich seine Nachfolger von ihm ab. So nimmt Bayer, Vorträge, Aufl. 8. S. 713, wenigstens für schriftliche Schuldbekenntnisse, welche die causa debendi nennen, durchaus volle Beweiskraft in Anspruch, auf Grund von l. 25, §. 4. D. de prob., l. 13 C. de n. n. p. und c. 14 X. de fide instr., während B.-Hollweg a. a. O. S. 301 den Römischen und kanonischen Quellen für unsere Lehre alle Bedeutung abspricht.

[25]) Ich habe daher oben (§. 4) bei Gelegenheit der l. 25, §. 4 de prob. ohne Weiteres der Bähr'schen echten Anerkennung das außergerichtliche Geständniß, der unechten die ohne animus confitendi gethane Aeußerung gleichgestellt, zumal da Bähr (S. 143) selbst erklärt, daß in jenem Falle Nichts darauf ankomme, ob man die confessio als Beweismoment, oder als Verpflichtungsact wirkend denke. — Wo aber Bähr aus irgend einem Grunde keine verpflichtende „echte Anerkennung" annehmen zu dürfen glaubt, da unterscheidet auch er durchaus nicht zwischen verschiedenen Arten der „bloß beweisenden" Anerkennung. So lesen wir z. B. S. 187 f., daß es nicht darauf ankomme, wem gegenüber die Anerkennung der unehelichen Vaterschaft erfolge, insofern nur die Ernstlichkeit des Zugeständnisses nicht zu bezweifeln stehe: ob an die Mutter, an andere Anverwandte des Kindes, an den Pfarrer, zu öffentlichen Acten, Kirchenbüchern. Hier ist Alles durch einander geworfen: so viel die Ansprüche der Mutter betrifft, beweist vielmehr vollständig nur das ihr oder ihrem Vertreter abgelegte, so viel die des Kindes, nur das an den Vormund desselben oder dessen Vertreter gerichtete Geständniß; eine Eintragung in die öffentlichen Register dagegen beweist, insofern sie auf Grund einer Erklärung des angeblichen Vaters geschehen ist, die Vaterschaft für Jeden, für dessen Recht sie erheblich ist; aber hier handelt es sich wieder gar nicht um einen Beweis durch Geständniß, sondern eben durch ein ordnungsmäßig geführtes öffentliches Register. — Freilich hat aber auch das OT. zu Stuttgart (Seuffert, Archiv, Bd. 2, No. 109) in einem solchen Falle ein an einen Dritten abgelegtes „Geständniß" wegen der besondern Umstände des Falles für vollen Beweis der Vaterschaft erklärt.

ausreicht, um eine freilich nicht auf den Formalcontract der Anerkennung, sondern eben auf jenen Entstehungsgrund gestützte Klage bis zum Gegenbeweise zu erweisen. Ein allgemein lautendes Geständniß: „ich bekenne Hundert schuldig zu sein", hat dagegen auch nach dieser Auffassung noch keinen erheblichen praktischen Werth, da es die Thatsache, daß der Beklagte gerade *aus dem angebrachten Klaggrunde* Hundert schuldig sei, nie erweisen kann.

Ganz anders stellt sich aber plötzlich die Sache, wenn wir uns an jene Erklärung noch den Beisatz: „und verspreche dieselben daher zu bezahlen", angefügt denken. Dieses Versprechen macht in Verbindung mit der Acceptation der andern Seite offenbar einen obligatorischen Vertrag aus, und zwar, da es sich als ein Versprechen eines schon geschuldeten Objectes ankündigt, ein Constitutum (debiti proprii). Daher ist z. B. durch Production einer *Urkunde* dieses Inhaltes eine actio de pecunia constituta vollständig begründet, gerade wie auf einen Schuldschein, der neben einem Schuldbekenntniß mit bestimmt angegebenem Entstehungsgrunde auch noch ein Zahlungsversprechen enthält, *entweder* die letztere Klage, *oder* die aus der früheren causa debendi sich ergebende gestützt werden kann. Freilich gehört zur Gültigkeit des Constitutums, als materiell bestimmten Vertrages, unzweifelhaft auch die Existenz der vorausgesetzten ältern Obligation; aber bis zum Gegenbeweise wird diese ja gleichfalls durch das in der Urkunde enthaltene Geständniß dargethan. Und nicht anders liegt die Sache, wenn aus einem mündlichen, auf ein bestimmt angegebenes Object gerichteten Schuld- oder Zahlungsversprechen geklagt wird; denn dieselben Umstände, deren Nachweis den Richter in dem fraglichen Versprechen gerade ein *Schuldversprechen* zu erkennen nöthigt, enthalten mit Nothwendigkeit, wenn kein ausdrückliches, doch immer mindestens ein stillschweigendes Geständniß der Wirklichkeit der vorausgesetzten Schuld: gerade *weil* die letztere wesentliches Stück des Klaggrundes ist, kann man das Verfahren Dessen, der ein *Schuldversprechen* leistet, vernünftiger Weise nur dahin auslegen, daß er dieselbe gegen sich als wahr gelten lassen wolle.[26]) Nur wo der Constituent sich so ausgedrückt hat: „ich ver-

[26]) Der Fall liegt in dieser Beziehung also gerade umgekehrt, wie der einer novierenden oder accessorischen stipulatio *certa* (vgl. §. 4, bei Anm. 24—26), wo Nichts zur Annahme des animus confitendi drängt. — Ganz im Gegensatze zur hier vertheidigten Auffassung (vgl. auch *Puchta*, Vorlesungen, §. 255), glaubt ge-

ſpreche dir zu zahlen, was ich dir noch ſchuldig bin"[27]), oder: „ich verſpreche dir die Hundert zu zahlen, falls ich ſie dir wirklich ſchulden ſollte", iſt natürlich das Conſtitutum, außer etwa um die Klagverjährung zu unterbrechen, praktiſch werthlos, da, wer daraus klagen wollte, doch noch anderweitig eine Forderung von dem von ihm behaupteten Betrage nachweiſen müßte. Da nun aber in ſolchen Fällen das Conſtitutum als ein bedingtes (im weitern Sinne, mit condicio in praesens concepta) aufgefaßt werden kann, ſo ſcheint auf den erſten Blick ſogar die Aufſtellung Cropp's vollſtändig gerechtfertigt, daß aus der etwanigen Unverbindlichkeit der conſtituierten Schuld der Beklagte eine Einrede gegen die actio pecuniae constitutae herzunehmen habe.[28]) Dennoch dürfte durch dieſe Ausdrucksweiſe die richtige Auffaſſung leicht getrübt werden; denn für die Beurtheilung des Beweisergebniſſes in den Fällen, wo der Kläger außer dem im Conſtitutum liegenden Geſtändniſſe etwa noch andere Beweismomente für die ältere Obligation beibringt, ſo wie für die Entſcheidung der Frage, ob der Beklagte ſich zu ſeinem Beweiſe auch der Eidesdelation bedienen dürfe, iſt es offenbar keineswegs gleichgültig, ob wir uns den letztern Beweis als Gegenbeweis über ein Stück des Klaggrundes, oder als Hauptbeweis einer Einrede denken.

Bei dieſer Deduction habe ich, ſoweit ein allgemein lautendes Schuldbekenntniß vorausgeſetzt war, freilich ſchon ſtillſchweigend angenommen, daß eine häufig vorkommende Anſicht zu verwerfen ſei, wonach die ſpecielle Angabe des Entſtehungsgrundes der conſtituierten Schuld zum Fundamente der actio de pecunia constituta gehören

---

rade beim Conſtitutum Bähr (S. 111 und 170) keine „echte Anerkennung" ſtatuieren zu können. Eben hierdurch ſchafft er ſich hauptſächlich Raum für ſeinen formalen Anerkennungsvertrag. Es iſt aber ganz falſch, das unbedingt gefaßte Conſtitutum in den Sinn aufzulöſen: „ich verſpreche zu zahlen, wenn ich ſchuldig bin"; vielmehr müßte es heißen: „ich verſpreche zu zahlen, weil ich ſchuldig bin".

[27]) Ein constitutum debiti alieni in ähnlicher Faſſung findet ſich in l. 5, §. 3 D. de pec. const. 13, 5.

[28]) Einrede natürlich im Sinne des heutigen Proceßrechtes genommen. — S. Cropp, juriſt. Abh., Bd. 1, No. 18, S. 349. Dagegen Bähr a. a. O. S. 170, Anm. 13. Brinz, Pandekten, Abth. 1, §. 101, S. 431.

würde.[29]) So lange man doch einmal an der von mir angefochtenen Lehre, daß ein außergerichtliches Geständniß der erwähnten Art Nichts beweise, festhielt, mochte jene Ansicht praktisch keine große Beeinträchtigung des Gläubigers zur Folge haben; denn nach der Natur der übrigen Beweismittel, namentlich der Zeugen, und ebenso der Eideszuschiebung, welche, um das Gewissen nicht zu beschweren, auf möglichst unjuristische Thatsachen gestellt werden muß, würde, wenn auch nicht die Klagbehauptung, so doch immer der klägerische Beweis auf specielle obligatorische Begebenheiten zu richten sein. Wenn aber in der Eigenthümlichkeit des allgemein lautenden Schuldbekenntnisses selbst kein Grund liegt, ihm die Beweiskraft abzusprechen, so würde nunmehr jene Auffassung der actio de pecunia constituta das einzige Hinderniß abgeben, weshalb auf ein solches Bekenntniß auch dann, wenn es *mit einem Zahlungsversprechen verbunden* ist, nicht ohne Weiteres eine Klage gestützt werden könnte. Um so erheblicher wird also die Darlegung, daß jene Auffassung ganz irrig ist: und Dies ist eben der erst schon angedeutete Punct in der Lehre vom *Constitutum*, dessen Berichtigung dazu beiträgt, uns den praktischen Ergebnissen der *Bähr*'schen Anerkennungslehre näher zu führen.[30]) Mit dem Römischen Recht nun zuvörderst steht die hier angefochtene Ansicht in handgreiflichem Widerspruche. Denn die Klagformel enthielt nicht die Angabe eines bestimmten Entstehungsgrundes der constituierten Schuld, sondern lautete ganz allgemein: „si paret (appareat) — N^m N^m neque solvere (solvisse?), neque fecisse, neque per A^m A^m stetisse, quominus fieret, quod constitutum est, *eamque pecuniam, quum constituebatur, debitam fuisse*" etc. Daß nämlich diese aus l. 16, §. 2 und l. 18, §. 1 D. de pec. const. 13, 5 entnommenen Worte nicht dem Edicte, worin die

---

[29]) Vgl. *Pfeiffer*, prakt. Ausführungen, Bd. 8, No. 2, S. 67, und die Rechtsfälle No. 21 und 30 ebendaselbst. Erk. des OAG. zu Kassel v. 1829, in *Seuffert*'s Archiv, Bd. 7, No. 246, u. von 1837, ebendaselbst, No. 252 (s. auch *Bähr* S. 267).

[30]) *Bähr*'s Darstellung ist bisweilen sogar so gehalten, als ob selbst im Falle eines auf eine nach ihrem Entstehungsgrunde bezeichnete Schuld bezüglichen Zahlungsversprechens, nach seiner Ansicht vom Rechte des Constitutum, noch anderweitig voller Beweis der Schuld beigebracht werden müßte: eine Auffassung, mit der er jedenfalls wohl allein stehen würde.

Klage versprochen war[31]), sondern der vom Prätor aufgestellten Klagformel angehören, erhellt nicht nur aus der Vergleichung mit l. 1, §. 1 eod., wo aus ersterem die Worte citiert werden: „qui pecuniam debitam constituit", sondern auch aus l. 16, §. 3 — l. 18, pr. eod., wo die Worte des l. 16, §. 2 offenbar als Theil der Klagformel ausgelegt werden.[32]) Mit dieser Fassung der Klagformel stimmt es denn auch ganz überein, wenn, wie schon in §. 4 erwähnt, in l. 47, §. 1 D. de pact. 2, 14 und l. 20 D. de instit. act. 14, 3 ein allgemein lautendes Schuldbekenntniß nebst Zahlungsversprechen als ausreichender Beweis eines Constitutums behandelt wird. Nun ist zwar die Römische Formelbildung für die Feststellung heutiger Klagfundamente insofern nicht maßgebend, als sie bisweilen (z. B. in der allgemein gefaßten intentio: „si paret N^m N^m A^o A^o centum dare oportere") gänzlich von einer Bezeichnung des Klaggrundes absieht. Aber im vorliegenden Fall ist ja die Natur der angestellten Klage durch die Behauptung, daß eine wirklich geschuldete Leistung versprochen sei, genügend charakterisiert; eine Grenze muß der Specialisierung der Klagthatsachen doch einmal gesetzt werden: und mit demselben Rechte, wie bei der actio de pecunia constituta die Angabe der besondern Natur der constituierten Schuld, könnte man bei der actio legis Aquiliae vom Kläger eine Behauptung darüber verlangen, auf welchem Wege er das Eigenthum an der beschädigten Sache erworben habe, oder eine Darlehnsklage für nicht substantiiert erklären, wenn die Angabe fehlt, wie der Kläger Eigenthümer der dem Beklagten gegebenen Geldstücke geworden sei: was doch gewiß Niemandem einfallen wird.

Es könnte nun höchstens noch die Frage entstehen, ob nicht für das Justinianische, also auch für das heutige Recht der Geltung der so eben entwickelten Consequenzen allgemeiner Rechtsgrundsätze eine aus den singulären Bestimmungen der l. 25, §. 4 D. de prob. 22, 3 herzunehmende Analogie entgegen stehe. Zwar selbst wenn Dies der Fall wäre, so würde sich, da die gleichfalls dem Justinianischen Rechte angehörenden l. 47, §. 1 D. de pact. und l. 20 D. de inst. act. dieselbe Frage so gut wie ausdrücklich im Sinne der Regel des Rechtes ent-

[31]) Dies meinen Vangerow, Pandekten, Bd. 3, Aufl. 6, §. 672, S. 535. Arndts, Pandekten, §. 351, Anm. Girtanner, Bürgschaft, S. 47 f.

[32]) Es wird nach denselben bestimmt, wann „actio teneat", und insbesondere muß die „iusta interpretatio", welche Paulus in l. 17 eod. alternativ der „exceptio" gegenüber stellt, offenbar eine Interpretation der Klagformel sein.

scheiden, zunächst nur eine Antinomie herausstellen; es läßt sich aber auch leicht zeigen, daß die l. 25, §. 4 cit. an sich schon bei unserer Untersuchung außer Betracht bleiben muß. Denn die dort verordnete Singularität besteht nur darin, daß ein Stipulator, dem der Promissor nicht in der Stipulationsurkunde „specialiter causas explanavit", obwohl nach allgemeinen Grundsätzen dem letztern der Beweis des indebitum obliegen würde, dennoch, sobald dieser nur die auf stipulatio debiti gerichtete Absicht der Contrahenten nachgewiesen hat, die Wirklichkeit der Schuld erweisen soll.[33]) Nun liegt aber beim Constitutum, so viel den letztern Punct betrifft, die Beweislast schon nach allgemeinen Grundsätzen so; nur hat der Kläger hier in dem vom Constitutum unzertrennlichen außergerichtlichen Geständnisse sofort einen ausreichenden Beweisgrund bei der Hand; in der Wahl der Beweismittel aber legt die l. 25, §. 4 cit. auch dem Stipulator keinerlei Beschränkung auf.[34]) Andrerseits kann aber — um auch Dies hier gleich zu erledigen — auch die Beschränkung auf schriftliche Beweismittel, welche dieselbe Stelle im Falle der cautio „discreta" für den vom Promissor zu erbringenden Beweis des indebitum verordnet, nicht analog auf den Gegenbeweis des Constituenten übertragen werden, da die gleichzeitige Anfechtung der formalen Verpflichtung, welche aus der Stipulation entsteht, und des über den objectiven Bestand der causa schon vorhandenen Gegenbeweismittels wesentlich verschieden von einer bloßen Bestreitung des Klaggrundes beim Constitutum ist, und jene Beschränkung nicht einmal dort innere Gründe für sich hat.[35])

[33]) Vgl. §. 4, insbes. bei Anm. 11.

[34]) Anders Cropp a. a. O. S. 361 f. — Seine eigenthümliche Auffassung der l. 25, §. 4 D. de prob. und l. 13 C. de n. n. p. bringt es mit sich, daß nach ihm der Beklagte, der nicht etwa dem Kläger mit dem Constitutum ein speciell gefaßtes Schuldbekenntniß in die Hände gegeben hat, durch die in Anm. 28 berührte „Einrede" ohne Weiteres dem Kläger noch anderweitigen Beweis des debitum aufbürdet. Freilich desto weniger Grund, jene Bestreitung des Klaggrundes eine „Einrede" zu nennen!

[35]) Daß die fragliche Bestimmung der l. 25, §. 4 cit. schon für das Justinianische Recht durch l. 14, §. 2 C. de contr. stip. 8, 38 modificiert werde, ist eine offenbar unbegründete Behauptung von Meurer, juriſt. Abh., No 2, S. 31 f., Glück, Commentar, Bd. 13, S. 122, und Bd. 21, S. 390, und Unterholzner-Archiv f. d. civ. Pr. Bd. 7, S. 5; denn letzteres Gesetz handelt von einem ganz andern Fall; vgl. Cropp a. a. O. S. 351, Note 44. Dagegen würde jene Beschränkung wegen des c. 14 X. de fide instr. 2, 22 jedenfalls für das heutige

Wenn nach dem Obigen zur Klage aus einem Constitutum die Angabe des Entstehungsgrundes der ältern Schuld nicht erforderlich ist, so ist damit endlich auch für das bloße schriftliche Geständniß: „ich bekenne dem A Hundert schuldig zu sein", einige praktische Bedeutung gewonnen. Denn das Zahlungsversprechen, welches in den Schein selbst hinein zu interpretieren kein Grund vorhanden ist, kann bei Ueberreichung desselben mündlich oder stillschweigend gegeben sein, und so eine actio de pecunia constituta auf jene Urkunde wenigstens mitbegründet werden. Hätte z. B. der Aussteller bei jenem Acte die Worte gesprochen: „ich verspreche Ihnen den Betrag nächstens zukommen zu lassen", so würde man erst aus der Urkunde ersehen, daß dieses Versprechen ein Schuldversprechen, und zwar ein auf die Zahlung von Hundert gerichtetes, habe sein sollen; mit dem Nachweise jener Aeußerung wäre denn aber auch ein gültiges Constitutum vollkommen dargethan.

Fragt man endlich, wohin sich der etwanige Gegenbeweis des Constituenten zu richten hat, so ist die Antwort: natürlich nicht nothwendig dahin, daß er dem Kläger überhaupt das versprochene Object aus keinem Grunde schuldete, sondern, wenn er will, auch nur dahin, daß die individuelle Schuld, welche nach der Absicht der Contrahenten constituiert werden sollte, in Wahrheit nicht bestand.[35a]) War sein früheres Schuldbekenntniß ganz allgemein gehalten, so wird ihm freilich selbst dieser Beweis noch viel schwerer fallen, als wenn es durch Nennung des angeblichen Schuldgrundes ihm dafür einen Anhaltspunct gewährt; doch Dies ist nur Folge der von ihm selbst gewählten Ausdrucksweise.

Recht wegfallen; denn da Gregor IX. dort unter Weglassung der Worte „in scriptis habitis" im Uebrigen die l. 25, §. 4 cit. fast wörtlich wiederholt, so muß nothwendig angenommen werden, daß er in jenem Falle, über welchen er reſcribierte, alle Beweismittel zulassen wollte. (A. M. Unterholzner und Cropp an den eben angef. Orten.) Das c. 14 cit. ist, wenn man unter der „cautio" dort keine Stipulationsurkunde versteht (vgl. §. 4, Anm. 23), eben unter der Voraussetzung zu erklären, daß es sich um eine actio de pecunia constituta handelt: wenn der Beklagte ein nacktes schriftliches Versprechen geleistet hat, so muß der Kläger daneben noch die Eigenschaft desselben als Constitutums, also auch das debitum, nachweisen (s. §. 9 a. E.); wenn es sich dagegen in der Urkunde schon als Constitutum giebt, so muß der Beklagte, falls er die frühere Schuld bestreitet, sofort den Gegenbeweis des indebitum erbringen.

[35a]) Vgl. §. 4, Anm. 8.

Die hier vertretene Auffassung des außergerichtlichen Geständnisses und des Constitutums führt also in ihren praktischen Ergebnissen dahin, daß in den meisten Fällen des Bähr'schen „Schuldscheins" und „einfachen Anerkennungsvertrages" eine Klage durch den Nachweis des Anerkennungsactes bis zum Gegenbeweise als vollständig begründet erscheint, sei es die actio constitutoria[36]), oder die Klage aus dem vom Beklagten außergerichtlich zugestandenen speciellen Entstehungsgrunde.[37]) Die praktischen Verschiedenheiten der beiden Ansichten bestehen aber noch immer darin, einmal daß Bähr auch in der bloßen (mündlichen oder schriftlichen) Aeußerung: „ich bekenne dir Hundert schuldig zu sein", schon ein ausreichendes Klag-

---

[36]) In dieser Beziehung haben auch in dem hier vertheidigten Sinne erkannt z. B. ein Kurhessisches OG. in dem Rechtsfalle No. 21 bei Pfeiffer a. a. O. (anders das OAG.; s. Anm. 29), das OAG. zu Dresden (s. Anm. 17), und das OAG. zu Kiel im Jahre 1853 (Seuffert, Archiv, Bd. 7, No. 302); doch fallen die Entscheidungsgründe nicht immer ganz mit meiner Auffassung zusammen.

[37]) Arndts, in der Krit. Ueberschau, Bd. 4, S. 245 f., will, so lange nicht besondere Umstände für das Gegentheil sprechen, auch im Falle eines ausdrücklichen Zahlungsversprechens nur die letztere Klage zulassen; denn was er für diese Einschränkung des Bähr'schen Anerkennungsvertrages sagt, würde eben so sehr auf das Constitutum Anwendung finden. Wenn z. B. ein gemahnter Schuldner verspreche, wolle er sich gar nicht von Neuem obligieren; gewiß falle es Niemandem ein, gegen einen zwanzigmal gemahnten und zwanzigmal wortbrüchigen Schuldner eine Concurrenz von zwanzig Klagen zu statuieren. — Ich muß nun bekennen, daß mir Dies allerdings einfällt: und wenn es schon praktisch oftmals gleichgültig sein wird, ob der Gläubiger zwanzig Klagen statt einer hat, so wüßte ich jedenfalls nicht, wer unter einem solchen Rechtszustande leiden könnte. Der gemahnte Schuldner, welcher verspricht, will natürlich keine neue Hauptschuld auf sich nehmen; aber warum nicht eine accessorische, da doch die Worte Dies besagen? — Ich sehe wenigstens in dieser Beziehung gar keinen erdenkbaren Unterschied zwischen diesem Falle und irgend einem andern, in welchem etwa auch Arndts ein constitutum debiti proprii annehmen würde. Theoph. ad §. 8 I. de act. 4, 6 führt gerade den Arndts'schen gemahnten Schuldner als Beispiel eines Constituenten an. Gleich hinterher lesen wir auch bei Arndts selbst, daß für die Frage, ob obligatorischer Vertrag, oder nicht, die gebrauchten Worte, namentlich ein etwaniges Versprechen, „von Wichtigkeit" seien. — Nur gerade bei dem von ihm gewählten Beispiel: „ich bekenne ein Darlehen von 100 Fl. empfangen zu haben und verspreche dieses zurück zu zahlen", möchte allerdings auch ich nicht sofort ein Constitutum annehmen, da dieses Versprechen sich zunächst nur als Bestandtheil des Darlehnsvertrages selbst darstellt; aber anders bei der Erklärung: „ich bekenne aus einem Darlehen 100 Fl. schuldig zu sein und verspreche sie zu bezahlen".

fundament erblickt, und sodann daß er in allen Fällen nicht Widerlegung des vom Kläger Beigebrachten durch einfachen Gegenbeweis, oder Ausschließung der angestellten Klage durch die Einrede der Simulation, sondern nur Anfechtung nach den Grundsätzen der condictio indebiti, oder wegen einer Mangelhaftigkeit der in der Urkunde etwa nicht genannten wahren causa zuläßt.

In beiden Rücksichten ist aber Bähr's Ansicht offenbar sehr schlecht begründet. Bedeutete: „ich bekenne Hundert zu schulden", so viel als: „ich verspreche die Hundert, welche ich schulde, zu bezahlen", so würden auch wir hier ohne Weiteres eine actio de pecunia constituta zuzulassen haben. Wir stehen hier also wieder vor derselben Interpretationsfrage, welche schon oben bei Besprechung der andern Fälle der Bähr'schen „echten Anerkennung" berührt ist; auch hier aber ist wieder eben so wenig Grund vorhanden, von der wörtlichen Auslegung abzugehen, welche dahin führt, in jener Erklärung Nichts als ein Beweismittel zu finden. Denn der Ausspruch Bähr's (S. 235): „ein Beweismittel für die Schuld wollen, heißt die Schuld wollen", ist so gewiß falsch, wie eine Schuld und ein Beweismittel zwei ganz verschiedenartige Dinge sind.[38]) Bähr führt freilich für seine Auslegung sowohl des Schuldbekenntnisses, als auch der Quittung einige aus dem Römischen Recht hergenommenen Belege an[39]); aber diese treffen sämmtlich nicht zu. Nach G. 3, 134 entsteht allerdings die peregrinische Literalobligation: „si quis debere se, aut daturum se scribat"; aber dabei handelt es sich nicht um eine allgemein gültige Auslegung, sondern es war eben unzweifelhaft durch positives Recht an jene schriftliche Erklärung die obligierende Kraft geknüpft.[40]) Sodann findet Scävola in l. 26 D. de pec. const. 13, 5 in folgender Urkunde ein constitutum debiti alieni: „Decem, quae Titius ex arca tua mutua acceperat, salva ra-

---

[38]) Eben so falsch ist die Erklärung des „civilrechtlichen animus confitendi" durch: „Absicht, sich dem Gläubiger zu verpflichten" (Bähr S. 273).

[39]) A. a. O. S. 234; vgl. S. 116.

[40]) Mit demselben Rechte könnte Bähr behaupten, die Worte: „zahlen Sie (A) an B 100 Thlr.", bedeuteten stäts: „wenn A Ihnen (B) nicht 100 Thlr. zahlt, so verspreche ich Ihnen den Werth dieser Zahlung nebst Unkosten zu zahlen", weil sich nach heutigem Recht im Wechsel eine solche Verpflichtung an diese Ausdrücke knüpft; vgl. Thöl, Wechselr. §. 213, S. 212 f.

tione usurarum habes penes me, Domine"; Dies heißt wörtlich: „für die Zehn, welche du dem Titius geliehen haſt, ſtehe ich dir in Bezug auf die Zinſen gut": wo nun hier eine für Bähr brauchbare Analogie ſteckt, vermag ich nicht einzuſehen.[41]) Endlich finde ich auch nicht, daß nach l. 35 D. de pact. 2, 14 die in der Erbtheilungsurkunde abgegebene Erklärung: „nihil sibi commune remansisse", nach l. 40, pr. ib. die Erklärung: „profiteor te non teneri" für ſich als pacta de non petendo gälten; ich leſe vielmehr in jener Stelle nur von einem pactum divisionis, welches drei Geſchwiſter über eine gemeinſame Erbſchaft geſchloſſen haben, welches als ſolches, d. h. als Vergleich, natürlich auch ein pactum de non petendo in Beziehung auf alle weitern aus der communio entſpringenden Anſprüche in ſich ſchließt, und über welches eine Urkunde aufgenommen iſt, in der u. A. auch jenes (in concreto unrichtige) außergerichtliche Geſtändniß vorkommt; in der zweiten Stelle aber ſehe ich Papinianus nur die Frage erörtern, ob ein pactum, worin die Erben nicht ausdrücklich miterwähnt ſind, dennoch auch für ſie gelte, und als Beiſpiel dieſen gewiß in manchem ſchriftlichen pactum de non petendo vorkommenden Satz herausreißen: „profiteor te non teneri"[42]), von dem alſo nur in concreto als feſtſtehend vorausgeſetzt wird, daß er ein Ausdruck des liberatoriſchen Willens ſein ſolle. Dagegen ergeben l. 19, §. 1 D. de acceptil. 46, 4 und l. 13 C. de solut. 8, 43 ſo unzweideutig wie möglich, daß nach Römiſcher Anſicht in einer Quittung (apocha) kein pactum de non petendo lag. Allerdings findet l. 21 C. de solut. in concreto dennoch ein pactum in der Ausſtellung einer Quittung[43]); aber ſie ſupponiert außer dieſer Ausſtellung ſelbſt auch noch concludente Umſtände als feſtſtehend, aus denen die liberatori-

---

[41]) Ich conſtruiere zuſammen: „decem salva habes penes me". Vgl. l. 60, §. 1 D. mand. 17, 1: „salvum te habiturum". Bähr (S. 116) ſcheint das salva freilich zu ratione zu ziehen, da er in ſeinem Citat das „salva ratione usurarum" ganz wegläßt. Für unſere Frage würde Dies übrigens gleichgültig ſein, da dann das „decem habes penes me", wegen einer fremden Schuld ausgeſprochen, ſchon für ſich nichts Anderes heißen kann, als: „ich will mich hiermit für die Zehn verbürgen".

[42]) Daß dieſe vier Worte nicht das ganze pactum ſchon enthalten können, iſt um ſo gewiſſer, als nicht einmal die Forderung, auf welche verzichtet wird, in ihnen bezeichnet iſt.

[43]) S. Bähr S. 238.

sche Absicht hervorgeht, nämlich daß die Ausstellung von dem Gläubiger in dem Bewußtsein, die Zahlung in Wahrheit noch nicht erhalten zu haben, und auch nicht in der Erwartung, sie noch zu erhalten, geschehen sei.[44]) Daß aber eine im Testamente des Gläubigers enthaltene Empfangsbescheinigung nach l. 1 C. de falsa causa 6, 44 im Zweifel als legatum liberationis aufrecht erhalten wird, erklärt sich aus dem Orte, wo sie geschrieben steht.

Dagegen muß nun zugegeben werden, daß im Sprachgebrauche sowohl der Römischen Quellen, als auch der neueren Juristen die Begriffe Geständniß und Verpflichtungsvertrag nicht immer vollständig auseinander gehalten werden. Namentlich steht confessio oftmals geradezu für einen verpflichtenden Act. Zwar aus der classischen Zeit wüßte ich hierfür nur ein einziges Beispiel beizubringen, die schon im §. 4 angeführte Stelle des Marcellus in l. 20, §. 1 D. de donat. 39, 5, wo sich übrigens an jenen Ausdruck unmöglich ein Mißverständniß anknüpfen kann; dagegen ist dem Justinianus dieser Sprachgebrauch sehr geläufig.[45]) Ohne Zweifel ist derselbe, der durch die Doppelsinnigkeit des Griechischen ὁμολογία veranlaßt sein mag, den vielen Mängeln der kaiserlichen Redeweise zuzuzählen; aber wäre er selbst sprachlich vollständig zu billigen, so würden darum doch jene beiden Begriffe selbst um nichts weniger scharf von einander geschieden bleiben. Dagegen ist es erklärlich, daß die Neuern von den Glossatoren an in die durch den Justinianischen Sprachgebrauch nahe gelegte Verwirrung immer tiefer hinein geriethen, zumal da als mitwirkender Umstand noch das in der mittelalterlichen Praxis entstandene Rechtsinstitut der guarentigiirten Urkunden hinzu kam. Diese begründeten nämlich einen wahren Formalcontract (Literalcontract), dessen Form in der urkundlichen Fiction einer confessio in iure und des daran sich schließenden richterlichen praeceptum de solvendo bestand, so daß man, so weit es sich um dieses Rechtsinstitut handelte, in jeder Hinsicht voll-

---

[44]) Unter dieser Modification ist also Arndts a. a. O. S. 246 f. zuzustimmen, wenn er in der Ausstellung einer Quittung von Seiten Dessen, der nicht bezahlt ist, einen Erlaßvertrag findet. Nur darf man nicht vergessen, daß sich der verklagte Schuldner dann auch von vorn herein eben auf diese concludenten Umstände zu berufen, und sie im Bestreitungsfalle zu beweisen hat.

[45]) S. die Citate bei Bähr, S. 136, Anm. 1, unter denen übrigens l. 4, §. 3 C. de advoc. div. iud. 2, 8 zweideutig ist.

kommen berechtigt war, den Verpflichtungsvertrag als „confessio" zu bezeichnen.[46]) Dagegen verstand man andererseits unter obligatio ganz gewöhnlich irgend eine Schuldurkunde, sprach daher vielfach von dem „probare" oder „non probare" der „obligatio", ohne sich jedoch klar bewußt zu werden, daß man nun dieses Wort in einem vom Römischen völlig abweichenden Sinne gebrauche. In Folge dieser Umstände zeigt sich denn auch in der Dogmengeschichte der „confessio extraiudicialis", der „cautio indiscreta" u. s. w.[47]) allerdings eine ungemeine Confusion der Grundbegriffe[48]), die noch durch Mißverständniß der l. 25, §. 4 D. de prob. und der l. 13 C. de n. n. p. vermehrt wurde, aus welcher man aber gewiß am wenigsten ein bestimmtes modernes Gewohnheitsrecht heraus demonstrieren kann, wonach die Worte: „ich bekenne zu schulden", herkömmlich zu interpretieren wären: „ich verspreche zu zahlen".[49]) Vielmehr ist die Bedeu-

[46]) Formalcontract war die guarentigiierte Urkunde deswegen, weil sie nur aus denselben Gründen angefochten werden konnte, wie die wirkliche confessio in iure, weil also namentlich selbst der in continenti geführte einfache Gegenbeweis, daß die in der Urkunde zugestandene Schuld nicht bestanden habe, das angeblich empfangene Darlehen in Wahrheit nicht empfangen sei, gar nichts verschlug. Vgl. Briegleb, Gesch. des Executiv-Prozesses, Aufl. 2, Cap. 2, §. 13, und §. 15, S. 99 f. Bartol. in l. 1, §. 2 D. quod vi aut clam, n. 4 (bei Briegleb, Belegstellen, S. 102; unter: „quod instrumentum est simulatum" ist offenbar die Behauptung der (absichtlichen) Unrichtigkeit des in der Urkunde enthaltenen Geständnisses zu verstehen). Paul. de Castro in l. 31 D. de pec. const. n. 3 (Belegst. S. 141). Angelus, Ioannes de Imola, Tartagnus, Franciscus de Accoltis bei Iason in l. 1, §. 2 D. de V. O. n. 31 (Belegst. S. 186).

[47]) S. Bähr §. 65.

[48]) Vgl. §. 9, bei Anm. 42.

[49]) Der von Bähr, S. 234, Anm. 1, hervorgehobene Umstand, daß quietatio im Mittelalter sprachlich ein pactum de non petendo bedeutete, ist für die Frage, ob Das, was wir Quittung nennen, nämlich ein vom Gläubiger ausgestellter Empfangsschein, allemal ein solches pactum involviere, offenbar ganz gleichgültig. — Beiläufig ist hier der Ansicht von der Pfordten's (Abh. No. 3, S. 300; vgl. auch Brinz, Pandekten, §. 148, S. 638—640) zu gedenken, welcher nach heutigem Rechte die Ausstellung einer schriftlichen Quittung für einen, gleich der Acceptilation, ipso iure tilgenden Act hält: denn auch die Acceptilation sei eine fingierte Zahlung, und heutzutage sei an die Stelle der eigenthümlichen Form derselben die schriftliche getreten. Warum nicht auch jedes mündliche Empfangsbekenntniß dieselbe Wirkung haben soll, dafür giebt Pfordten eben so wenig Gründe an, wie für seinen positiven Satz, daß das schriftliche die Acceptilation bei uns ersetze. Zudem ist aber die freilich häufig (auch bei Bähr S. 318 und Brinz a. a. O. S. 638) vorkommende Auffassung der Acceptilation ganz

tung dieser ganzen Dogmengeschichte für unsere Frage[50]) hinlänglich gewürdigt durch die Bemerkung Bethmann-Hollweg's[51]): „dieser so einfache Unterschied (nämlich zwischen Geständniß und obligatorischem Vertrage) ist von vielen Schriftstellern über das Römische Recht übersehen worden". Eben so wenig kann ein solches Gewohnheitsrecht auf einzele Erkenntnisse der neuesten Zeit gestützt werden, welche, ohne daß besondere Gründe darauf hinführten, eine derartige Interpretation vorgenommen haben.[52]) Auch ist die obligierende Kraft der bloßen Anerkennung noch neuerdings in mehrern Aussprüchen höchster Gerichte ausdrücklich verworfen worden.[53])

Wenn sich endlich Bähr für seine Lehre im §. 60 darauf beruft, daß verschiedene allgemein anerkannte, auf Schuldurkunden be-

---

irrig, wonach sie ein mündliches Empfangsbekenntniß darstellte, auf dessen Grund die Zahlung rechtlich fingiert würde. Die Acceptilation ist vielmehr (ganz verschieden von der alten nexi liberatio) nur insofern eine fingierte Zahlung (vgl. §. 2, Anm. 25), als sie diejenige Form des Erlaßvertrages ist, in welcher der Tilgungswille gerade diese bestimmte Ausdrucksweise annimmt, es solle so angesehen werden, als ob gezahlt sei; denn acceptum fers oder habes? heißt nicht: „hast du empfangen?" — sondern: „läßt du für empfangen gelten?"

[50]) Für die processualische Lehre von der „cautio indiscreta" ist sie allerdings interessant, insofern sich darin das Bestreben zeigt, die vermeintlichen gesetzlichen Vorschriften über die Nichtbeweiskraft einer solchen Urkunde so viel als möglich zu umgehen.

[51]) Versuche, No. 4, S. 289, Anm. 88.

[52]) Z. B. die von Bähr in §. 66 unter No. 3 und in §. 67 mitgetheilten Kurhessischen Urtheile, so wie das Erk. des OAG. zu Kassel v. J. 1846 in Heuser's Annalen der Justizpfl. u. Verw. in Kurh. Bd. 3, S. 753. Das Erk. des OAG. zu Dresden von 1846, bei Seuffert, Archiv, Bd. 2, No. 326, worauf Bähr sich (S. 272) beruft, setzt dagegen eine Anerkennung mit ausdrücklichem Zahlungsversprechen voraus. Neuere Erkenntnisse dieses OAG. (Schletter's Jahrb. Bd. 3, S. 101, No. 58) scheinen sich zwar der Bähr'schen Ansicht zuzuneigen, aber unter manchen Vorbehalten, die keineswegs auf Klarheit der fraglichen Rechtsanschauung schließen lassen.

[53]) S. Erk. des OAG. zu Wiesbaden v. 1837 (Seuffert Bd. 1, No. 216), des OAG. zu Dresden v. 1849 (a. a. O. Bd. 4, No. 141), des OAG. zu Jena v. 1856 (a. a. O. Bd. 11, No. 12). Die Praxis des OAG. zu Darmstadt hat sich dahin festgestellt, daß ein Anerkenntniß einer Verbindlichkeit nur dann mehr als Beweisgrund, nämlich Klaggrund, sei, wenn darin das Merkmal eines obligatorischen Vertrages zu finden sei; vgl. Archiv f. pract. Rechtsw. Bd. 2, S. 503. Bd. 5, S. 116 ff. Seuffert, Archiv, Bd. 3, No. 105. Bd. 11, No. 199. Schletter, Jahrb. Bd. 1, S. 212, No. 82.

zügliche Rechtssätze, z. B. über die Nothwendigkeit der Unterschrift, der Dispositionsfähigkeit des Ausstellers u. dgl., sich nur dann genügend erklärten, wenn man in der Ausstellung derselben einen rechtlichen Willensact erblickt, so mag Dies freilich meistens zutreffen[54]); aber diese Auffassung der fraglichen Urkunden hat nach dem Obigen auch dann schon einzutreten, wenn man sie einfach als Beweismittel gelten läßt.

Es ist nun zweitens noch zu zeigen, daß wo möglich noch weniger Grund vorhanden ist, mit Bähr in den hierher gehörigen Fällen einen Formalcontract auch nur in der erst charakterisierten, inconsequenten und abgeschwächten Auffassung anzunehmen. Wenn man Bähr zugeben könnte, daß im Justinianischen Recht schon das chirographum eine formell obligierende Kraft gehabt habe, so möchte dieser Umstand auch für unser Recht wenigstens dem schriftlichen „Anerkennungsvertrage" eine bedeutendere Stütze sein, als Bähr selbst (S. 237) darin zu erblicken scheint; freilich fällt dieselbe nach der im §. 6 gegebenen Widerlegung jedenfalls hinweg. An ein neueres Gewohnheitsrecht, welches gegen die auf eine Erklärung, wie diese: „ich bin schuldig und verspreche zu zahlen", gestützte Klage statt des einfachen Gegenbeweises der Nichtschuld, resp. des Einredenbeweises der Simulation, den Nachweis einer mangelhaften causa verlangte, ist nicht im Entferntesten zu denken. Nach unserer Auffassung würde der Beklagte gegen die actio de pecunia constituta entweder die Einrede der Simulation z. B. dahin, daß das Versprechen in Wahrheit nicht als Schuld-, sondern als Schenkungsversprechen gemeint sei, vorschützen und durch ihren Beweis die Abweisung des

---

[54]) Nicht durchgängig: die Auth. Si qua mulier (No. 6 bei Bähr) nämlich gehört nicht hierher, da ihre Vorschriften sich von vorn herein gar nicht auf ein schriftliches Empfangsbekenntniß, sondern auf eine von der Frau ausdrücklich übernommene Verpflichtung oder vorgenommene Verpfändung beziehen. Der heutige Deutsche Executivproceß (No. 7) aber beruht in der That nicht, wie der mittelalterliche Italiänische (s. Anm. 46), auf dem Gedanken einer formell verpflichtenden Kraft der Urkunde (vgl. Briegleb, Gesch. des Executiv-Prozesses, Cap. 6, §. 5, S. 236 ff., und Bähr selbst, S. 260), und was die Lehre von der Beweiskraft der Urkunden gegen Dritte (No. 5) betrifft, so beweisen nach der richtigen Ansicht schriftliche Schuldbekenntnisse gegen Dritte eben nicht den Bestand der Schuld, sondern nur die Ablegung des Schuldbekenntnisses, welche höchstens als Indicium für die Schuld selbst in Betracht kommen kann.

Klägers mit der angebrachten Klage herbeiführen[55]), oder aber denselben Erfolg durch einfachen Beweis der Nichtschuld, bei dem es nicht zur Sprache käme, ob die Contrahenten wirklich an den Bestand der Schuld geglaubt haben, oder nicht, erzielen können. Das entgegen stehende Gewohnheitsrecht müßte nun die Einrede der „Simulation" nur insofern für zulässig halten, als sie auf eine mangelhafte causa führte, also z. B. nicht auf eine Schenkung schlechthin, sondern auf eine nicht insinuierte übermäßige Schenkung, oder auch auf ein gegen die Urkunde auszutauschendes (nicht gezahltes) Darlehen, den Gegenbeweis aber nur als Beweis der Einrede, daß der Beklagte die Existenz der Schuld irrthümlicher, aber entschuldbarer Weise geglaubt (nach der Consequenz, aber freilich nicht nach Bähr: auch nur unter dieser Voraussetzung versprochen) habe. Diesen Anforderungen entspricht unter den von Bähr angeführten Urtheilen nur das Erkenntniß des OG. zu Fulda in §. 66, No. 3, schon nicht mehr das letzteres bestätigende Erk. des OAG. zu Kassel, indem aus diesem nicht mit Sicherheit zu ersehen ist, ob es von den Entscheidungsgründen des OG. gerade auch den hier in Betracht kommenden, nämlich die angebliche Nothwendigkeit der Darlegung eines entschuldbaren Irrthums, gebilligt hat, und noch weniger die Erkenntnisse des OAG. zu Dresden in Seuffert's Archiv, Bd. 2, No. 326[56]), und des OAG. zu Oldenburg an demselben Orte, Bd. 6, No. 178.[57])

---

[55]) Denn der Kläger hätte in diesem Falle selbst von vorn herein behaupten müssen, daß in diesem Versprechen, trotz der entgegenstehenden Worte, sei es nach ausdrücklicher Uebereinkunft der Parteien, sei es wegen concludenter Umstände, eine Schenkung zu erblicken sei.

[56]) Die von Bähr, S. 272, Anm. 6, citierten Ackermann'schen Rechtssätze sind mir allerdings nicht zugänglich gewesen.

[57]) Ersteres beruft sich zwar für die Klagbarkeit der mit einem Zahlungsversprechen verbundenen Anerkennung nicht auf das Recht des Constitutums, aber eben so wenig auf eine der Bähr'schen entsprechende Rechtsanschauung, sondern darauf, daß „nach Deutschem Recht in der Regel aus jedem Versprechen geklagt werden könne, eine Ausnahme von dieser Regel aber nicht zu präsumieren sei" (!), und spricht sich über die möglichen Anfechtungsarten gar nicht aus. Letzteres verkennt freilich die Zulässigkeit des einfachen Gegenbeweises, aber nur auf Grund der vermeintlichen positiven Vorschriften der l. 25, §. 4 D. de prob. und der l. 13 C. de n. n. p., zufolge welcher es entweder Nachweis eines entschuldbaren Irrthums, oder aber (was Bähr verschweigt) Nachweis einer Simulation verlangt.

Höchstens in Bezug auf das sogen. Abrechnungsgeschäft könnte sich Bähr vielleicht mit einigem Scheine auf ein seiner Lehre zur Seite stehendes Gewohnheitsrecht berufen, und ich kann mir daher eine besondere Besprechung dieses Geschäftes nicht ersparen. Unter einer Abrechnung ist zunächst die auf arithmetischem Wege geschehende Ermittelung entweder des Gesammtbelaufes mehrerer Forderungen eines Gläubigers an denselben Schuldner, der an jenen keine Gegenforderung hat, oder des Ueberschusses der Forderungen des einen von zwei gegenseitigen Gläubigern und Schuldnern über die des andern, oder des Restbetrages der durch successive Zahlungen theilweise getilgten Forderungen desselben Gläubigers an denselben Schuldner zu verstehen, sodann eine zwischen zwei Personen geschehene Feststellung eines angeblich von der einen der andern geschuldeten Betrages, welche wirklich oder angeblich auf einer derartigen Addition und Subtraction beruht. Für die rechtliche Bedeutung eines solchen Geschäftes ist diese arithmetische Grundlage offenbar an sich ganz unerheblich; man hat aber in der Deutschen Praxis vielfach der „Abrechnung" den Charakter einer besondern Art von obligatorischem Vertrage zu vindiciren gesucht, um nicht nöthig zu haben, schriftliche Schuldbekenntnisse, die sich auf eine solche stützen, wegen nicht angegebener causa debendi für werthlos zu erklären.[58]) Dieses Auskunftsmittel, welches nach der hier vertretenen Auffassung des Schuldbekenntnisses und des Constitutums auch praktisch entbehrlich wird, ist jedenfalls innerlich kaum haltbar. Denn unter jener Bezeichnung der „Abrechnung" können sich ganz verschiedenartige rechtliche Vorgänge verbergen. Mindestens wird man in der erwähnten vertragsmäßigen Feststellung des Schuldbetrages ein außergerichtliches Geständniß des Schuldners zu erblicken haben. Ist mit demselben ein Zahlungsversprechen verbunden, so liegt also wieder ein constitutum debiti proprii vor:

---

[58]) Vgl. Cropp, juriſt. Abh. Bd. 1, No. 18, S. 362—366, Pfeiffer, prakt. Ausführungen, Bd. 8, No. 2, S. 68 f. 89, und die von beiden allegierten ältern Praktiker und neuern Erkenntnisse der OAGerichte zu Lübeck und Kassel, ferner die Erkenntnisse des letztern in Seuffert's Archiv, Bd. 7, No. 246, und in Heuser's Annalen, Bd. 2, S. 134—142, und das Erk. des OAG. zu München in Schletter's Jahrb. Bd. 2, S. 10, No. 34. Nur mit einigen Vorbehalten stimmen die OAGerichte zu Darmstadt (Archiv f. pract. Rechtsw. Bd. 5, S. 116 ff.), Wolfenbüttel (Schletter, Jahrb. Bd. 2, S. 10, No. 34) und Wiesbaden (Seuffert, Archiv, Bd. 11, No. 228) zu.

und vielleicht mag im Falle einer Abrechnung öfter Veranlassung sein, ein stillschweigendes obligatorisches Versprechen zu sehen, als bei einer einfachen Anerkennung. Jedoch möchten manche Gerichte[59]), die gerade hier stäts einen obligatorischen Vertrag annehmen, in dieser Richtung wohl zu weit gehen; ich will indessen diesen Punct nicht weiter erörtern und zur Vereinfachung im Folgenden die Fälle, wo in der Abrechnung überhaupt kein obligatorischer Vertrag zu finden ist, nicht weiter berücksichtigen. Der fragliche obligatorische Vertrag braucht nun nicht gerade immer ein Constitutum zu sein. Mehr um der theoretischen Vollständigkeit, als um der praktischen Wichtigkeit willen ist zunächst zu erwähnen, daß er in einem Novationsvertrage bestehen kann; selten wird jedoch Grund vorhanden sein, statt des Constitutums einen solchen anzunehmen.[60]) Wo Dies indessen der Fall ist, da finden auf ihn, als auf materiell bestimmten Vertrag[61]), hinsichtlich des Klaggrundes, so wie des Beweises desselben alle oben in Bezug auf das Constitutum gemachten Bemerkungen analoge Anwendung.[62])

---

[59]) Die OAGerichte zu Kassel und Darmstadt (vgl. die Citate in Anm. 58), auch das OAG. zu Dresden, nach Schletter's Jahrb. Bd. 3, S. 101, No. 58. Von diesen unterscheidet wenigstens das Darmstädter Tribunal sonst sehr scharf zwischen Geständniß und Versprechen (s. Anm. 53). Dagegen ist z. B. in einem Erk. des OAG. zu Lübeck vom J. 1845 (Seuffert, Archiv, Bd. 9, No. 55) bei einer Entscheidung über Anerkennung eines Rechnungssaldos besonderes Gewicht auf das ausdrückliche Zahlungserbieten gelegt.

[60]) Kuntze, die Obligation u. s. w. S 254, will dagegen die Anerkennung eines Rechnungssaldos regelmäßig als Novation auslegen, während er sie freilich S. 354, Anm. 5, neben der Novation als „causa confirmatoria" aufführt. Ersteres würde sich schon aus seiner Ansicht erklären, daß das constitutum deb. propr. bereits bei den Römern gleichsam eine prätorische Novation gewesen sei; vgl. §. 1, Anm. 10.

[61]) Vgl. §. 10, bei Anm 12. — Die novierte Schuld muß also wirklich bestanden haben. An sich dürfte sie darum freilich von geringerem Betrage gewesen sein, als die neue (anders als beim Constitutum); aber in solchen Fällen kann das Versprechen des Ueberschusses, insofern Sachen der geschuldeten Art versprochen sind, gar nicht als Novations-, sondern nur als Schenkungsversprechen gemeint sein.

[62]) Ein Gleiches gilt von der (hier nicht weiter in Betracht kommenden) Bürgschaft, insofern der Bürge sich für die Hauptschuld nicht als für eine zukünftige, sondern als für eine schon bestehende verbürgt hat. — Daß Bähr S. 165 sogar in einer ausdrücklichen mit der Verbürgung verbundenen Anerkennung der Hauptschuld keine „echte Anerkennung" finden will, ist eine Inconsequenz, die schon Arndts, krit. Ueberschr. Bd. 4, S. 243 gerügt hat.

Von weit größerem praktischen Interesse ist nun aber die Möglichkeit, daß sich der hier fragliche obligatorische Vertrag als Vergleich charakterisiere.[63]) Dies ist der Fall, wenn der Rechtsgrund für das Versprechen des Schuldners in dem Aufgeben eines zweifelhaften weitern Anspruches von Seiten des Gläubigers liegt. Für die mögliche Anfechtung des Vertrages kommt es dann darauf an, wie weit sich die Contrahenten zum Zwecke desselben ihre Rechtsverhältnisse als zweifelhaft gedacht haben; galt ein Theil des durch die Abrechnung Versprochenen schon vorher als unzweifelhafte Schuld, so liegt bis zu diesem Betrage natürlich wiederum nur ein Constitutum (oder eine Novation) vor[64]); in der Mehrzahl der hierher gehörigen Fälle der Abrechnung wird aber wohl die Schuld in ihrem ganzen Belaufe als bisher zweifelhaft angesehen. So weit nun diese frühere Zweifelhaftigkeit, also der Vergleich, reicht, wäre natürlich ein etwaniger Beweis des aus demselben Verklagten, daß die Schuld in der That nicht bestanden habe, ganz unerheblich; vielmehr kann das Ergebniß der „Abrechnung" eben nur nach den Grundsätzen des Vergleiches angefochten werden. Soll jedoch in der Abrechnung überhaupt ein Vergleich gefunden werden, so muß ohne Zweifel der auf einen solchen gerichtete Wille besonders nachgewiesen sein. Namentlich wird meistens, wenn ein Kaufmann einen ihm von einem Geschäftsfreunde zugestellten Rechnungsauszug (Contocourant) anerkennt und zu berichtigen verspricht, hierin nur ein Constitutum liegen.

Durch den Vergleich werden wir übrigens auf die zweite, negative Seite der Abrechnung geführt, welche hier nur beiläufig zu berühren ist. Als Vergleich enthält nämlich die Abrechnung mit Nothwendigkeit zugleich ein pactum de non petendo über alle diejenigen etwanigen weitern Forderungen des Gläubigers, auf welche sie sich hat mitbeziehen sollen. Nun aber kann auch da, wo sie bloß Constitutum ist, ein solches pactum de non petendo mit ihr verbunden sein, welches freilich häufig keinen materiellen, sondern nur proces-

---

[63]) So auch Kuntze a. a. O. S. 254.

[64]) Anders, wenn der Vergleich über einen schon bei Gericht anhängigen Anspruch geschlossen wird: hier kann ein Theil der Forderung nur durch confessio in iure unzweifelhaft werden, welche formell obligiert. Bähr scheint S. 118 nur an diesen Fall zu denken; sonst wäre es irrig, die Anfechtung des in dieser Weise, auch nicht etwa durch einen Formalcontract Versprochenen schlechthin an die Voraussetzungen der condictio indebiti zu binden.

sualischen Werth haben wird.[65]) Im Zweifel wird aber auch ein solches pactum nicht anzunehmen sein, vielmehr nur ein außergerichtliches Geständniß des Gläubigers, daß er aus seinen bei der Abrechnung in Betracht gezogenen Forderungen[66]) weiter Nichts zu fordern habe[67]): so bekennt namentlich der Kaufmann, der einem andern ein Contocourant zustellt, daß ihm aus der gegenseitigen Geschäftsverbindung außer den darin verzeichneten keine Ansprüche an diesen zustehen.[68])

So weit das Facit der Abrechnung durch Compensation von Forderungen und Gegenforderungen (nicht etwa durch Subtraction von Abschlagszahlungen) hergestellt ist, ist mit diesem negativen Geständnisse, resp. mit jenem pactum de non petendo, des Gläubigers ein Compensationsvertrag verbunden.[69]) Dieser besteht in der Uebereinkunft, daß Forderung und Gegenforderung bis zum gleichen

---

[65]) Vgl. Anm. 7.

[66]) D. h. allen, wenn auch bei der Ziehung des Facits vielleicht übersehenen Forderungen aus denjenigen Geschäftsverhältnissen, welche durch die Abrechnung klar gestellt werden sollten.

[67]) Wenn ein solches Geständniß als Gegenbeweismittel bei einer dennoch vom Gläubiger angestellten weitern Klage benutzt wird, so kann es freilich durch einfachen Gegenbeweis nicht mehr widerlegt, sondern nur durch eine der condictio indebiti entsprechende Beweiseinrede entkräftet werden, gerade wie das pactum nur durch eine dieser Condiction analoge Replik. Der Unterschied besteht aber darin, daß der Beklagte sich auf das pactum in der Vernehmlassung, auf das Geständniß aber erst in der Beweisinstanz zu berufen braucht. Insofern also ist das Geständniß vortheilhafter für ihn; dagegen kann es dann leicht ganz werthlos sein, wenn der Gläubiger den fraglichen Beweis durch Mittel erbracht hat, gegen welche ein Gegenbeweis nicht denkbar ist: namentlich wenn der Beweis durch eine Urkunde von anerkannter Echtheit geführt ist, welche nicht etwa das Geständniß eines obligatorischen Vertrages, sondern einen solchen Vertrag selbst enthält, so daß also derselbe durch Augenschein dargethan ist. Außerdem kann jenes Geständniß aber auch schon deshalb oft nicht zum Beweise benutzt werden, weil es so allgemein lautet, daß weder der Gegenbeweis der Nichtentstehung, noch der Beweis der spätern Tilgung einer etwa wirklich entstandenen weitern Forderung des Klägers mit Sicherheit daraus entnommen werden kann.

[68]) Thöl, der sich nicht darüber ausspricht, ob er ein solches negatives Geständniß in der Zustellung des Contocourants findet, läßt dagegen Posten, die bei mehrmaliger Abrechnung nicht eingefordert sind, wenn nicht besondere Umstände dagegen sprechen, als erlassen gelten (Handelsr. Bd. 1, Aufl. 3. §. 113. S. 443). Aus l. 26 D. de prob. 22, 3 wenigstens möchte Dies wohl nicht nothwendig folgen.

[69]) Vgl. Dernburg, Compensation, S. 495. Bähr, Anerkennung, S. 220.

Betrage gegen einander aufgehoben sein sollen.[70]) Man könnte nun zweifeln, ob ein solcher Vertrag zur wesentlichen Voraussetzung habe, daß die zur Compensation gebrachte Gegenforderung wirklich bestehe, oder ob er nur nach den Grundsätzen der condictio indebiti angefochten werden könne. Im erstern Falle würde in ihm mit Nothwendigkeit auch ein (durch Gegenbeweis zu widerlegendes) außergerichtliches Geständniß der der eignen entgegenstehenden Forderung liegen, wie wir Analoges vom Constitutum und vom Novationsvertrage behaupten mußten. Im letztern Falle aber würde einleuchten, daß wir es durchaus nicht mit einer vom einfachen Erlasse verschiedenen Aufhebungsart der Obligationen, sondern eben nur mit zwei combinierten Erlaßverträgen zu thun hätten. Diese mögen nun zwar jedenfalls oft vorhanden sein, wo die gebrauchten Worte zunächst nur auf einen Compensationsvertrag deuten; aber hier fragt es sich, ob wir überhaupt einen von dem des Erlaßvertrages gesonderten Begriff des „Compensationsvertrages" im Rechtssystem aufzustellen haben.[71]) Für die Bejahung wird den Ausschlag geben die Betrachtung, daß zunächst gar kein Grund vorliegt, in dem Vertrage mehr zu sehen, als den zur Bewerkstelligung der Compensation, als einer der Zahlung gleichstehenden Befriedigung, erforderlichen Willensact[72]), daß

[70]) Von einem solchen Vertrage kann natürlich nur nach derjenigen Ansicht die Rede sein, nach der die Compensation einen besondern auf sie gerichteten Willensact voraussetzt, also nicht ipso iure (in diesem Sinne) stattfindet. Von dieser Ansicht, die ich für die richtige halte, wird daher im Folgenden ausgegangen.

[71]) Nämlich für das heutige Recht. Für das Römische würde wenigstens nach der Ansicht Derjenigen, welche die Compensation nicht ope exceptionis, sondern ipso iure (in diesem Sinne) wirken lassen, doch der Compensationsvertrag, auch wenn er Formalvertrag wäre, zwischen Acceptilation und pactum de non petendo seine von jener durch seine Form, von diesem durch die Art seiner Wirkung geschiedene Stellung behaupten. Vgl. Brinz, die Lehre von der Compensation, S. 135 f., und Pandekten, Abth. 1, §. 149, S. 650.

[72]) Hierbei ist es auch ersichtlich ganz unerheblich, ob zur Compensation auch schon eine einseitige Willenserklärung ausreichen würde: eine Frage, die von den Gegnern des „ipso iure" im Sinne der Anm. 70 gewöhnlich entweder ganz übersehen, oder verneint wird. Im Bejahungsfalle würde das Zusammentreffen der beiderseitigen Willen in Bezug auf die Tilgung der Obligationen als zufällig erscheinen; dagegen würde doch der Vertrag später dem etwanigen Beklagten die Möglichkeit verschaffen, statt durch Anführung und Beweis des Entstehungsgrundes seiner Gegenforderung, durch bloße Berufung auf diesen Vertrag und das in ihm liegende, wenn auch vielleicht allgemein gefaßte Schuldbekenntniß des Gegners die Abweisung der Klage herbeizuführen.

aber eine Compensation natürlich nur so weit stattfindet, als wirklich eine compensable Gegenforderung vorhanden ist. Vielleicht haben wir eine gesetzliche Bestätigung dieser Auffassung in Ulp. l. 51, §. 1 D. de pact. 2, 14, wenn es sich nämlich dort wirklich um einen Compensationsvertrag handelt.[73]) Wenn aber unsere Ansicht die richtige ist, so bedarf die exorbitante Aufstellung Bähr's, welcher (S. 161 f.) im Compensationsvertrage nicht nur eine „echte Anerkennung" der Nichtzuständigkeit der eignen Forderung, sondern gar eine obligatorische, im Falle der Anfechtung der entsprechenden gegnerischen „Anerkennung" wegen Irrthums für sich klagbare Anerkennung des Gegenanspruches findet, keiner besondern Widerlegung.

Giebt es sonach einen vom Erlaßvertrage zu scheidenden Compensationsvertrag, so werden wir auch bei der Abrechnung hinsichtlich compensierter Posten bis zum Nachweise besonderer, für einen Erlaß sprechender Umstände nur einen Compensationsvertrag in diesem Sinne anzunehmen haben, damit also endlich drittens ein Geständniß (nicht nur der von Neuem versprochenen, sondern auch) der zur Compensation gebrachten Schuld des Schuldners.

Von dieser Abschweifung, welche zur Gewinnung vollständiger Einsicht in das Wesen der Abrechnung erforderlich war, kehre ich nunmehr zu der obligierenden Seite derselben zurück, um darauf hinzuweisen, daß neben Constitutum, Novation und Vergleich für ein von diesen materiell gesondertes Abrechnungsgeschäft kein Raum bleibt: und als Formalcontract hat vor Bähr noch Niemand die Abrechnung auffassen wollen. Auf welches jener drei Rechtsgeschäfte die Abrechnungsklage gestützt sei, wird, wenn eine die Abrechnung selbst enthaltende Urkunde mitproduciert wird, zunächst aus dieser zu entnehmen, und zwar im Zweifel auf ein Constitutum zu schließen sein.

---

[73]) Vgl. §. 8, Anm. 12. — Darum kann man aber doch wohl einmal, wo es nicht auf scharfe Sonderung in den Ausdrücken ankommt, einen gegenseitigen Erlaßvertrag als Compensationsvertrag bezeichnen, und schon hieraus mag sich die von Bähr (S. 162) für seine entgegengesetzte Ansicht angeführte l. 11, §. 1 C. de compens. 4, 32 erklären, die einen „Compensationsvertrag" nur nach den Grundsätzen der condictio indebiti anfechten läßt. Noch wahrscheinlicher ist es aber, daß das: „si pretium in quantitatem debiti per errorem facti compensari cautum fuerit", auf eine an die vermeintliche Compensation in der Urkunde angehängte Acceptilationsclausel geht. Wegen derartiger Acceptilationen vgl. l. 81, §. 5 D. de leg. I. 30, Brinz, Compensation, S. 134 f., und Bähr a. a. O. S. 107.

Wird aber als Klagfundament, ohne daß eine solche Urkunde vorliegt, schlechtweg ohne weitere Erläuterung eine „Abrechnung" genannt, so möchte es Viel für sich haben, die Klage für unsubstantiiert zu erklären, und hierbei ist es natürlich gleichgültig, ob zugleich zum Beweise ein schriftliches Geständniß, wie dieses: „ich bekenne dem A aus einer Abrechnung 100 Thlr. schuldig geworden zu sein", beigebracht wird, oder nicht; vielleicht darf man indessen die Behauptung der Abrechnung als Behauptung eines Constitutums interpretieren.[74]) Je nachdem die Entscheidung über diesen Punct fällt, bestimmt es sich natürlich auch, ob durch Production eines Scheines von der Art des folgenden: „ich bekenne dem A aus einer Abrechnung 100 Thlr. schuldig geworden zu sein und verspreche sie zu bezahlen" eine, oder zwei Klagen de constituta pecunia (mit denen aber selbstverständlich das Object nur einmal gefordert werden kann) begründet sind.

Auf diese Weise gelangt in der Abrechnungslehre das Constitutum an den hervorragenden Platz, der ihm darin schon nach der Ansicht der Römischen Rechtsquellen offenbar gebührt.[75]) Denn was kann mehr einer modernen schriftlichen „Abrechnung" gleichen, als das durch die in l. 47, §. 1 D. de pact. 2, 14 erwähnte Urkunde dargelegte Rechtsgeschäft, wegen welcher Urkunde dort der Aussteller als debitor, d. h. nothwendig als Constituent, bezeichnet wird?[76]) Diese Stelle haben daher auch schon die in Anm. 58 erwähnten ältern Praktiker für ihre Lehre benutzt: und ganz Recht hätten sie damit gehabt, wenn sie daraus gefolgert hätten, daß die Angabe der ältern causa debendi für die actio constitutoria überflüssig sei, statt daß die Nennung einer „Abrechnung" eine solche Angabe ersetze.

Untersuchen wir nun, welche Unterstützung die abweichende Bähr'sche Lehre in der Praxis findet, so ist, so viel die Interpreta-

---

[74]) Nicht als Behauptung eines bloßen Schuldbekenntnisses ohne Zahlungsversprechen; denn dadurch würde die Klage als inept erscheinen, wenn nicht etwa die zu Grunde liegenden Geschäfte vom Kläger nebenher genau bezeichnet sind.

[75]) Schon in dem Namen constitutum spricht sich die Anschauung einer neuen Feststellung der Schuld aus, also gerade Dessen, was den wesentlichen Zweck der Abrechnung ausmacht.

[76]) Neben dem Constitutum enthält die l. 47, §. 1 cit. einen Compensationsvertrag (insofern der Empfänger der Urkunde derselben zugestimmt hat), und wohl in den Schlußworten außerdem einen wahren Erlaßvertrag von Seiten des Ausstellers.

tion des Geständnisses als Versprechens betrifft, doch auch hier das in Anm. 59 Angeführte ohne Zweifel noch sehr weit davon entfernt, eine solche als gewohnheitsrechtlich, mindestens als gemeinrechtlich, erscheinen zu lassen. Was aber die Anfechtung der Abrechnung anlangt, so stimmt die Praxis zweier der in Anm. 58 genannten höchsten Gerichte sogar vollständig mit der hier entwickelten Ansicht, von den übrigen aber auch nur die der OAGerichte zu München und Kassel einigermaßen mit der Bähr'schen zusammen. Das OAGericht zu Lübeck nämlich hat in einer der beiden von Cropp a. a. O. referierten Entscheidungen dem Beklagten einfach den „Beweis (richtiger: Gegenbeweis) der Unrichtigkeit der Forderung", in der andern die „Beweise des indebiti und der Simulation", welche zusammen wiederum nur auf den erstern hinauslaufen[77]), vorbehalten. Auch werden in der Cropp'schen Abhandlung solche Fälle einfach als Fälle des außergerichtlichen Geständnisses und Constitutums aufgefaßt, die nur das Besondere haben, daß wegen der Bezeichnung der Summe als Ergebnisses einer Abrechnung die Anwendung der Grundsätze der „cautio indiscreta" ausgeschlossen sei, und dabei wird nur noch der Möglichkeit gedacht, daß auch ein Vergleich in der Abrechnung liegen könne. Auch das OAG. zu Wolfenbüttel hat die Klage aus einer Abrechnung als eine actio de pecunia constituta behandelt und dem Beklagten den Gegenbeweis der Nichtschuld freigelassen. Das OAG. zu Wiesbaden hat die Abrechnung als Novation bezeichnet, ohne daß freilich klar würde, ob es sich diese als formalen, oder als materiell bestimmten Vertrag denkt. Das OAG. zu Darmstadt hat zwar die Abrechnung nicht ausdrücklich als Vergleich charakterisiert; aber die dort von einem Referenten entwickelte und vom Gerichte gutgeheißene Ansicht[78]) scheint mir im Grunde auf diese Auffassung heraus zu kommen. Wenn dieselbe sonach allerdings nicht mit der hier vertheidigten zusammenfällt, so ist sie gewiß von der Ansicht Bähr's eben so verschieden. Denn ich kann wenigstens die betreffenden Aeußerungen nicht anders verstehen, als daß das durch die Abrechnung festgestellte Ergebniß wegen zu Grunde liegender Nichtschuld nicht einmal nach

[77]) Daß nämlich bei dem „indebitum" an die Voraussetzungen der condictio indebiti gedacht wäre, braucht man durchaus nicht anzunehmen. Jedenfalls ergiebt sich aus dem Zusammenhange, daß unter der „Simulation" vorzugsweise einfach der Fall verstanden ist, wo absichtlich eine unwahre Anerkennung abgegeben wird.

[78]) S. Archiv f. pract. Rechtsw. Bd. 5, S. 121 f.

den Grundsätzen der condictio indebiti soll angefochten werden können, deren Zulassung ja eben, so weit man sich das Geschäft als einen über zweifelhafte Rechtsverhältnisse abgeschlossenen Vergleich denkt, widersinnig sein würde.

Nach allem Diesen ist nun schon nicht mehr daran zu denken, daß sich etwa aus der Gerichtspraxis ein gemeines Deutsches Gewohnheitsrecht nachweisen ließe, welchem die Abrechnung als eine dem Römischen Rechte unbekannte besondere Vertragsart ihr Dasein verdankte. Aber auch ein particuläres werden wir schwerlich darin finden können, daß das Münchener und das Kasseler OAG. allerdings von Seiten des Beklagten, der die Wirklichkeit seiner der Abrechnung zu Grunde gelegten Schulden bestreitet, (das Kasseler abgesehen von dem Falle eines gesetzlich reprobierten Schuldgrundes) den Nachweis eines entschuldbaren Irrthums (oder eines vom Kläger in der Sache verübten Betruges) verlangen[79]), sondern nur eine wiederholte unrichtige Auffassung der hier in Betracht kommenden gemeinrechtlichen Rechtsbegriffe. Die Theorie des Münchener Tribunals näher zu prüfen, fehlt es mir an Material; dagegen ist gewiß, daß die Abrechnungslehre des OAG. zu Kassel, wie sie in der mehrfach citierten Pfeiffer'schen Abhandlung zusammengefaßt ist, an Unklarheiten und innern Widersprüchen leidet. Die Grundlage derselben bildet eine unbegreifliche Gegenüberstellung des Constituts als eines einseitigen, und der Abrechnung als eines zweiseitigen Rechtsgeschäftes, die auch schon von Bähr gerügt ist.[80]) In Folge derselben entscheidet sich denn die Frage, ob eine Klage als auf ein Constitu-

---

[79]) S. Pfeiffer a. a. O. S. 82 u. 91, Rechtsf. 19, 22, 25 u. 29 ebendaselbst, und Heuser's Annalen, Bd. 2, S. 142, und das Münchener Erk. in Anm. 58. Dieses weicht jedoch in dem Puncte ab, daß es die Abrechnung als Novation bezeichnet. — Die innern Gründe für obiges Verlangen, welche wir bei Pfeiffer S. 84 und in dem in Heuser's Annalen a. a. O. mitgetheilten Erk. des Kasseler OAG. vom J. 1854 lesen, sind ganz hinfällig. Es ist wohl wahr, wenn Jemand z. B. absichtlich eine Nichtschuld versprochen hat, als wäre sie Schuld, so liegt die Annahme des Schenkungswillens nahe; aber die Frage ist auch nur, wen in dieser Beziehung die Beweislast treffe. Nun trifft sie aber nach dem in §. 9 vertheidigten und sonst auch vom Kasseler OAG. anerkannten Grundprincip des heutigen Rechtes der obligatorischen Verträge den Kläger, da dieser, wenn er sich darauf berufen will, von vorn herein ein Schenkungsversprechen als seinen Klaggrund zu nennen hat; vgl. Anm. 55.

[80]) Pfeiffer a. a. O. S. 66—68. 70. 88 f. Bähr a. a. O. S. 219 f.

tum gestützt anzusehen, und als solche vielleicht wegen ungenügender Substantiierung abzuweisen ist, oder als Abrechnungsklage zu gelten hat, oftmals nur darnach, ob die zu Grunde liegende Berechnung angeblich bloß in einer Addition, oder in einer Verbindung von Addition und Subtraction bestanden hat![81]) Ein innerer Widerspruch aber liegt zunächst darin, daß in Fällen, wo das angeblich in der Abrechnung stäts liegende obligatorische Versprechen nicht stillschweigend, sondern ausdrücklich gegeben ist, eine Verbindung von Abrechnung und Constitutum angenommen wird[82]), ein weit erheblicherer aber in der Charakterisierung der Abrechnung selbst. Denn wenn wir lesen, daß durch sie das betreffende Schuldverhältniß eine neue Feststellung seinem Betrage nach erhalten, dagegen seinem Rechtsgrunde (d. h. Entstehungsgrunde, causa debendi) nach ein und dasselbe verbleiben soll[83]), so müssen wir nothwendig daraus die Absurdität folgern, daß demnach die Abrechnungsobligation, so weit der neu festgesetzte Betrag den ursprünglichen etwa übersteigt, ohne allen Entstehungsgrund bestände. Eine Praxis aber, die nicht nur auf wissenschaftliche Irrthümer gebaut, sondern auch mit den Gesetzen der Logik unvereinbar ist[84]), dürfte wohl keinenfalls Anspruch auf den Namen eines Gewohnheitsrechtes haben.

Somit ist auch die letzte äußere Stütze, welche Bähr für seine Anerkennungslehre etwa aus der Praxis hernehmen könnte, beseitigt. Dem etwanigen praktischen Bedürfnisse aber ist jedenfalls durch das

---

[81]) Fälle der erstern Art bieten die No. 26, 27 u. 30 bei Pfeiffer dar. — In diesem Puncte ist nun allerdings das Kasseler OAG. seit 1843 von seiner frühern Rechtsprechung abgewichen; vgl. Heuser's Annalen, Bd. 2, S. 134—142; allein abgesehen davon, daß dieses Schwanken in einer so wichtigen Frage der ganzen Praxis noch an Gewicht raubt, ist damit, was nach der einen Seite hin an Consequenz gewonnen, nach der andern wieder verloren; denn nun fehlt es an jedem vernünftigen Grunde, weshalb ein Schuldner über die Summe mehrerer einzeln Schuldposten, auch ohne einen Schuldgrund zu nennen, ein wirksames Bekenntniß ablegen soll, nicht aber über eine einzele Schuld für sich.

[82]) Pfeiffer a. a. O. S. 70 und 89, und Rechtsf. No. 16. Auch hiergegen schon Bähr a. a. O. S. 221.

[83]) Pfeiffer a. a. O. S. 70 und 87.

[84]) Sehr treffende Bemerkungen gegen dieselbe enthält das von Pfeiffer a. a. O. S. 82 f. aus den Berathungen des Kasseler OAG. von 1840 mitgetheilte Votum, welches, abgesehen von der irrigen Meinung, daß außer dem Falle der Abrechnung das Constitutum einen speciell angegebenen ältern Schuldgrund voraussetze, im Wesentlichen mit der hier vertretenen Ansicht übereinstimmt.

Wechselrecht genügend abgeholfen. Denn wo es sich um Geldschulden handelt — und diese möchten doch wohl praktisch bei der ganzen Frage so gut wie ausschließlich in Betracht kommen —, da bietet sich die Ausstellung eines Solawechsels Jedem, der sich einem Andern gerade durch einen Formalcontract zu verpflichten wünscht, als das geeignete Mittel hierzu dar: und sollte ihm die Indossierbarkeit dabei etwa unbequem sein, so kann er ja auch diese durch den Zusatz „nicht an Ordre" ausschließen.

§. 12.

Die Formalcontracte des heutigen Rechtes.

Schon in den §§. 1 und 9 ist erwähnt worden, daß im heutigen Obligationenrecht als Ausnahmen neben der Regel gewisse Formalcontracte bestehen, welche vorzüglich, wenn auch nicht ausschließlich, dem Zwecke dienen, Obligationen zu schaffen, die sich zu Objecten des Handelsverkehres eignen. Es bleibt mir noch übrig, diesen auch in den §§. 10 und 11 schon mehrfach berührten Verträgen eine eigne Besprechung zu widmen; ich will mich jedoch hier im Wesentlichen darauf beschränken, an Feststehendes zu erinnern, ohne meine Ansicht über gewisse, gerade jetzt vielfach verhandelte Fragen voreilig vernehmen zu lassen, und muß daher allerdings darauf verzichten, den Gegenstand dieses Paragraphen abschließend zu erörtern.

Die Form sämmtlicher moderner, gemeinrechtlicher Formalverträge besteht in der Ausstellung einer den Schuldner und das versprochene Object bezeichnenden Urkunde[1]): man kann sie daher alle passend auch Literalcontracte nennen. Es sind vier Arten solcher Urkunden zu unterscheiden: der eigne Wechsel (Solawechsel), der gezogene Wechsel (Tratte), die Anweisung (Assignation) und das In-

[1]) Particularrechtlich bildet auch die auf Antrag der Parteien geschehende Eintragung eines Hypothekpostens in die öffentlichen Grund- und Pfandbücher, insofern dadurch eine persönliche Verpflichtung des Eigenthümers des Grundstückes begründet wird, einen obligatorischen Formalcontract: so z. B. nach Lübischem und Hamburgischem Recht; vgl. Cropp, juriſt. Abh. Bd. 1, No. 18, S. 371—379, Gries, Comment. zum Hamb. Stadtr. Bd. 1, S. 281 ff., Delbrück, in der Zeitschr. f. Deutsches R. Bd. 15, S. 125—136, Baumeister, Hamb. Privatr. Bd. 1, S. 173—177. 181 f., bei denen sich nur nicht gerade diese Formulierung findet. Vgl. auch Beseler, Deutsches Privatr. Bd 2, §. 97, S. 154, und Bluntschli, Deutsches Privatr. Bd. 1, §. 100, No. 5.

haberpapier. Sieht man aber nicht auf die Form der ganzen Urkunde, in welcher die verpflichtende Unterschrift enthalten ist, sondern auf die Form des einzeln Vertrages, aus dem die gerade fragliche Obligation entstanden ist, so erhält man, um vorläufig von dem Inhaberpapiere abzusehen, an Wechseln und Anweisungen folgende drei Formen des Formalcontractes: 1) die Ausstellung eines eignen Wechsels; 2) die Ausstellung eines gezogenen Wechsels, oder Indossierung eines gezogenen oder eines eignen Wechsels; 3) das Accept eines gezogenen Wechsels oder einer Anweisung; zu diesen kommt, wenn man will, die Mitunterschrift, der Aval, als vierte hinzu, welche jedoch im Folgenden nicht besonders berücksichtigt werden soll.[2]) Gemeinsam ist allen diesen Wechsel- und Anweisungsverträgen, daß durch sie nur die Zahlung einer Geldsumme gültig versprochen werden kann.

Der Aussteller eines eignen Wechsels giebt dieses Versprechen in einer Urkunde dieses ausdrücklichen Inhaltes, in welche das Wort Wechsel und die sonstigen im §. 96 der DWO. verlangten Angaben aufgenommen sein müssen. Die Tratte und die Anweisung[3]) enthalten dem Wortlaute nach beide einen Auftrag des Ausstellers an den Bezogenen oder Assignaten, dem Remittenten oder Assignatar (oder

---

[2]) Vgl. Thöl, Wechselr. §. 179, S. 116. Renaud, Wechselr. §. 10.

[3]) Ich verstehe hier unter Anweisung immer die als Grundlage eines Formalcontractes brauchbare Urkunde dieses Namens, die sogen. „kaufmännische Anweisung" (in diesem Sinne), wie z. B. Pöhls (Wechselr. Th. 1, §. 212), Bluntschli (in Dollmann's Gesetzgebung des Königr. Bayern, Bd. 1, S. 143) und Unger (Inhaberpapiere, §§. 13. 14) sie bezeichnen (aber freilich ohne mit Unger a. a. O. S. 84, Anm. 28, das Kriterium derselben in der Clausel „an Ordre" zu finden). Diese kann besprochen werden, ohne daß man sich darum auf das formlose Geschäft der Assignation oder Anweisung, von dem z. B. Puchta, Pandekten, §. 326, Arndts, Pandekten, §. 295, und Pöhls, Wechselr. Th. 1, §. 211, reden, und worunter man eine Verbindung von Zahlungs- und Einkassierungsmandat zu verstehen pflegt, einzulassen braucht. Mir scheint freilich überall das einzige Mandat, welches für die Assignation wesentlich ist, das Zahlungsmandat zu sein. So auch Thöl, Handelsr. Bd. 1, Aufl. 3, §. 121, Anm. *), S. 461, der nur „von dem seltenen Fall, daß der Assignatar gar nicht Mandatar ist", in seiner Darstellung durchweg hat absehen wollen. Es muß nur irgend eine Verabredung zwischen Assignanten und Assignatar vorliegen, auf deren Grund letzterer die auf das Mandat erfolgende Zahlung materiell als eine Leistung des erstern anzusehen hat, welche sich namentlich bei der schriftlichen Anweisung durch Uebergabe der Urkunde vom Assignanten an den Assignatar ausdrückt.

an dessen Ordre) eine gewisse Geldsumme zu zahlen. Sie unterscheiden sich dadurch von einander, daß ersterer im Contexte als Wechsel bezeichnet sein und den sonstigen im §. 4 der DWO. aufgestellten Erfordernissen genügen muß, während von diesen für die Anweisung gemeinrechtlich wohl nur die Angabe der zu zahlenden Geldsumme, die Bezeichnung des Assignaten und des Assignatars und die Unterschrift des Assignanten wesentlich ist. Beide können, insofern sie nicht die Beschränkung „nicht an Ordre" enthalten, durch Indossament (Giro) übertragen werden[4]), welches der Form nach gleichfalls ein (sehr kurz ausgedrückter) Auftrag des Remittenten, Assignatars, oder (frühern) Indossatars an den Trassaten oder Assignaten ist, statt an ihn selbst, an den Indossatar, oder, beim Blancoindossament, an den Inhaber zu zahlen, und ein Gleiches gilt von dem eignen Wechsel, bei dem sich der im Indossament liegende Zahlungsauftrag an den Aussteller richtet. Bei Wechseln wird nun das Trassieren und Indossieren gewohnheitsrechtlich und gesetzlich zugleich als ein Versprechen des Trassanten oder Indossanten an den Remittenten oder Indossatar, resp. Nehmer des Blancoindossamentes, ausgelegt, daß er selbst, falls der Trassat, resp. der Aussteller des Solawechsels, auf ordnungsmäßige Präsentation des Wechsels nicht nach Maßgabe des Auftrages, resp. seines Versprechens, zahlen, und der Remittent oder Indossatar u. s. w. einen gehörigen Protest hierüber beibringen werde, dem letztern eine aus der Wechselsumme und den verursachten Unkosten durch Berechnung zu ermittelnde Summe, die sogen. Regreßsumme, zahlen wolle[5]): und dieses Versprechen gilt ohne Rücksicht auf seinen Rechtsgrund, also als (bedingter) Formalcontract.[6]) Dagegen ist es, so viel das gemeine Recht betrifft, eine ganz grundlose Behauptung einiger Schriftsteller[7]), daß in der Ausstellung oder dem Indossamente einer Anwei-

[4]) Durch die im §. 9 der DWO. enthaltene Bestimmung muß die frühere gemeinrechtliche Controverse ohne Zweifel als für Anweisungen gleichfalls entschieden angesehen werden.

[5]) Der Indossant kann sich nach WO. §. 14 durch ausdrücklichen Zusatz gegen diese Auslegung schützen.

[6]) In der Beziehung ist dieser Formalcontract dem Römischen nomen transcripticium und dem peregrinischen chirographum nach der Form „debere se" (s. §. 11, Anm. 40) vergleichbar, daß die äußere Form desselben gar nicht direct auf ein Versprechen hindeutet.

[7]) Z. B. Einert, Wechselr. §§. 97. 98, S. 488—493. Liebe, Entwurf e. WO. f. d. Herz. Braunschweig, S. 187 f. Kuntze, die Obligation u. s. w. §§. 62. 63

sung ein ähnliches Versprechen zu finden sei; vielmehr kann hier ein etwaniger Regreß im Falle der Nichtzahlung nur aus dem materiellen Rechtsverhältnisse des Assignanten und Assignatars begründet werden.[8])

Dagegen stimmen nun Tratten und Anweisungen darin überein, daß das schriftliche auf die Urkunde gesetzte Accept des Trassaten oder Assignaten einen Formalcontract enthält, wodurch sich derselbe gegen den Remittenten oder Assignatar und alle bis dahin etwa hinzu gekommenen Indossatare, ja selbst auch gegen den Aussteller[9]), verpflichtet, die fragliche Geldsumme derjenigen unter diesen Personen,

---

(der hier die Ausstellung und Indossierung aller Ordrepapiere durchaus gleich behandelt). — Unger, Inhaberpapiere, S. 82, Anm. 22, läßt die Frage unentschieden.

[8]) S. Martens, Grundr. des Handelsr. §. 49. Mühlenbruch, Cession, Aufl. 3, §. 18, S. 228. Pöhls, Wechselr. Th. 1, S. 37 f. 39 f. 45. 47—49, dessen juristische Auffassung freilich hier, wie oftmals, äußerst confus ist. Thöl, Entwurf e. WO. f. Mecklenburg, S. 37, u. Handelsr. Bd. 1, §. 124, S. 466, u. §. 127, S. 475 f. Gerber, Deutsches Privatr. §. 158 a. E. So auch erkannt vom OAG. zu Jena im J. 1838 (Seuffert, Archiv, Bd. 5, No. 280), und vom OAG. zu Kassel im J. 1855 (Heuser, Annalen, Bd. 3, S. 554 f. Schletter, Jahrb. Bd. 3, S. 115, No. 52). — Cropp, jur. Abh. Bd. 2, No. 13, scheint freilich der entgegengesetzten Ansicht zu sein, da er S. 343 f., Anm. 1 Tratte und Anweisung im Wesentlichen gleichstellt, und S. 358. 376. 381. 396. 402 gar nicht zwischen dem Regresse gegen den Trassanten und gegen den Assignanten unterscheidet; aber Dies erklärt sich aus seiner mangelhaften Erkenntniß der formalen Natur des Wechsels, in Verbindung mit dem Umstande, daß auch bei der Anweisung aus dem materiellen Verhältnisse factisch gewöhnlich ein Regreß stattfindet; er muß auch S. 359, Anm. 28 selbst zugeben, daß der Grundsatz der Regreßpflichtigkeit des Ausstellers beim Wechsel „noch allgemeiner und unbedingter" befolgt werde, als bei der Anweisung. — Auch in den im Archiv f. d. Handelsr. Bd. 2, S. 377 ff. mitgetheilten Hamburger Erkenntnissen vom J. 1817 bleibt die rechtliche Auffassung des Regresses des Assignatars dunkel; übrigens waren dort in der Klage auch die materiellen Verhältnisse, welche ihn begründen würden, angeführt, und das Handelsgericht sprach wenigstens Das bestimmt aus, daß nach gemeinem Rechte eine Protesterhebung für die Salvierung jenes Regresses nicht nöthig sei. — So ist denn auch die vieldeutige Erklärung der Hamburger Abgeordneten auf der Leipziger Wechselrechtsconferenz (s. die Protokolle, S. 12): „daß in Hamburg jedes auf Ordre lautende, die Eigenschaft einer Zahlungsanweisung an sich tragende gezogene Papier im kaufmännischen Verkehr als Wechsel behandelt werde", schwerlich als entscheidendes Zeugniß für einen Hamburger particularrechtlichen Satz des hier bestrittenen Inhaltes anzusehen; vgl. auch Pöhls, Wechselr. Th. 1, §§. 216. 240.

[9]) Die in diesem Sinne durch WO. §. 23 gegebene Entscheidung ist gewiß auch auf Anweisungen analog anzuwenden.

welche den Wechsel oder die Anweisung seiner Zeit präsentiert, auftragsgemäß zu zahlen. Dem Wortlaute nach brauchte man in dem Accepte freilich nur die zum Abschlusse des Mandatsvertrages erforderliche Erklärung an den Aussteller zu finden; aber jene Interpretation steht durch Herkommen fest. Daß der Zahlungsauftrag des Trassanten oder Assignanten nach herkömmlicher Auslegung[10]) auch den Auftrag, sich durch Accept zu verpflichten, in sich schließt, scheint mir unzweifelhaft; jedoch beruht die obligierende Kraft des Acceptes natürlich nicht hierauf.[11]) Daher erklärt es sich denn, daß auch irgend ein Dritter, falls der Trassat acceptiert, sich neben und gleich ihm durch Aval, im entgegengesetzten Falle aber statt seiner durch Ehrenaccept wenigstens gegen die Nachmänner des Ausstellers oder des sonstigen Honoraten verpflichten kann.[12])

Daß die verschiedenen Formen des Wechselversprechens wirklich Formalcontracte in unserem Sinne sind, ist aus der täglichen Praxis unzweifelhaft, und auch in der Literatur allgemein anerkannt.[13]) Die Einert'sche Lehre, daß die Tratte kaufmännisches Papiergeld sei, kann kaum als ein Gegensatz dazu in Betracht kommen, da sie überhaupt keine juristische, sondern eine volkswirthschaftliche Auffassung der Tratte enthält, über deren Richtigkeit zu urtheilen den Nationalökonomen zukommt.

Was ferner die Verpflichtung des Acceptanten einer Anweisung betrifft, so stimmen die Zeugnisse der Schriftsteller zunächst darin

---

[10]) Dies hat gut ausgeführt Unger a. a. O. S. 73—84, gegen abweichende Auffassungen von Cropp, jur. Abh. Bd. 2, No. 13, S. 354—357, und Thöl, Handelsr. Bd. 1, §. 123, u. Bd. 2, §. 299.

[11]) Thöl, Handelsr. Bd. 1, §. 125, Anm. 2b, S. 468, und Bd. 2, §. 182, S. 122.

[12]) Ob diese Verpflichtungsformen nach Analogie des Wechselrechtes auch bei der Anweisung zu gelten haben, möchte wohl sehr zweifelhaft sein.

[13]) Beispielsweise citiere ich Savigny, verm. Schriften, Bd. 1, No. 9, S. 206 f. Liebe, Entwurf, S. 39 ff. 66. 87. 116 ff. 153 ff. 179 ff., und die Allg. DWO. m. Einl. u. Erläuterungen, S. XXIII ff. 68 f. 91 ff. 129 f. 213 f. 217 ff. 233 ff. Thöl, Entwurf, S. 35 ff., und Handelsr. Bd. 2, §§. 149. 181—186, u. an andern Orten, auch Bd. 1, §. 127, S. 473 ff. Gerber, Deutsches Privatr. §§. 158 a. E. 205. 206. 209. Beseler, Deutsches Privatr. Bd. 3, §. 233, S. 376 f. §. 246, S. 453. Bluntschli, in Dollmann's Gesetzgebung des Königr. Bayern, Bd. 1, S. 3—6. Renaud, Wechselr. §§. 9. 11. Bähr, Anerkennung, S. 157, u. §. 68. Kuntze, die Obligation u. s. w. S. 256. 259. Unger, Inhaberpapiere, S. 71 f.

überein, daß der Assignatar oder Indossatar aus dem Accepte ein selbständiges Klagrecht gegen den Assignaten erhält.[14]) Dies wäre nun an sich freilich noch auf zweierlei Weise denkbar: außer dem hier vertheidigten Formalvertrage, könnte man einen nach dem im §. 10 über die Delegation Bemerkten materiell zu bestimmenden Vertrag darin finden wollen. Diese beiden Möglichkeiten sind von den frühern Schriftstellern meist nicht klar gedacht worden; aber wie diese Unklarheit überhaupt bei der Delegation mehr der formalen Auffassung zu Gute gekommen zu sein scheint, so deuten namentlich bei unserer Frage manche Aeußerungen schon der ältern in Anm. 14 aufgeführten Auctoritäten mehr auf diese Anschauung hin, und bekennen sich die neuesten derselben sogar ausdrücklich zu ihr. In der That möchte gerade hier das am Schlusse des §. 10 für die Delegation im Allgemeinen in Abrede gestellte Gewohnheitsrecht unzweifelhaft sein, gestützt auf eine entschiedene, an die Analogie des Wechsels sich anschließende Praxis. Die formale Natur des Anweisungsacceptes wird aber auch nur so weit anzunehmen sein, wie die Analogie des Wechselacceptes reicht, also nur für Geldanweisungen[15]), nur für schriftliche, in herkömmlicher Form abgefaßte, dem Assignatar übergebene Anweisungen[16]), und nur für ein schriftliches Accept auf der Anwei-

[14]) S. Martens, Grundr. des Handelsr. §. 48. Cropp, jur. Abh. Bd. 2, No. 13, S. 357. 358. 367 f. 395. Mühlenbruch, Cession, §. 18, S. 227 f. Pöhls, Wechselr. Th. 1, S. 35. 36. 46. Einert, Wechselr. §. 34, S. 154. Thöl, Entwurf, S. 35 f. Handelsr. Bd. 1, §. 122, S. 464. §. 125, S. 468 f. §. 127, S. 475. Bd. 2, §. 149, Anm. 1, S. 31. Gerber, Deutsches Privatr. §. 158 a. E. Dernburg, Compensation, S. 399. Bluntschli, in Dollmann's Gesetzgeb. des Königr. Bayern, Bd. 1, S. 143 f. Unger, Inhaberpapiere, S. 80. 82 f. 85. (So auch Erk. des OAG zu Lübeck vom J. 1831, in Thöl's Entscheidungsgründen, No. 113, S. 125).

[15]) Eine schriftliche (gemeine) Anweisung ist an sich auch denkbar als auf eine sonstige Leistung, z. B. eine Waarenlieferung, gerichtet. Vgl. Thöl, Handelsr. Bd. 1, §. 121, Anm. 2, S. 461. Im Uebrigen scheinen die in Anm. 14 genannten Schriftsteller gar nicht an eine solche Anweisung zu denken; Mühlenbruch beschränkt seine Aeußerungen sogar ausdrücklich auf Geldanweisungen.

[16]) Ausdrücklich nur von solchen sprechen Cropp, Mühlenbruch, Pöhls und Unger an den in Anm. 14 citierten Orten, letzterer noch mit der in Anm. 3 bezeichneten weitern Einschränkung. Cropp a. a. O. S. 354 f. und Unger a. a. O. S. 83, Anm. 25 wollen sogar ausdrücklich außerdem überhaupt keine Verpflichtung des Assignaten durch Acceptation anerkennen. Hierüber hat nun freilich das OAG. zu Lübeck im J. 1831 eine andere Ansicht ausgesprochen (s. Thöl, Entscheidungsgründe, No. 113); aber damit ist jedenfalls noch nicht gesagt, daß

sung selbst.[17]) Ein Grund, zwischen (kaufmännischen) Anweisungen unter Kaufleuten, und unter andern Personen zu unterscheiden, so daß nur bei jenen die Acceptation einen Formalvertrag begründete, ist nicht erfindlich[18]); nur thatsächlich bietet der kaufmännische Verkehr die meisten Fälle der Anwendung dieses Rechtssatzes dar.

Die Form der genannten Verträge besteht, genau gesprochen, in dem Geben und Nehmen der Urkunde in der auf den Vertragsabschluß gerichteten Absicht, jedoch mit Ausnahme des Acceptes einer Tratte oder Anweisung.[19]) Die Absicht wird, wenn das Geben und Nehmen feststeht, vermuthet, sodann aber auch letzteres selbst, wenn eine nach dem Inhalte der Urkunde berechtigte Person sie in Händen hat.[20])

Absichtlich ist im Vorigen ganz von der Frage abstrahiert, wie das Rechtsverhältniß des Wechselschuldners oder des Acceptanten einer Anweisung zu denjenigen Personen aufzufassen sei, an welche die Urkunde durch späteres Indossament, resp. durch Besitzergreifung des Blancoindossamentes, übergeht; diese soll hier nicht erörtert werden.[21])

---

die etwanige Verpflichtung auf einem Formalcontracte beruhe. Diese ganze Meinungsverschiedenheit geht eben wesentlich mit aus der Unklarheit über den letztern Punct hervor.

[17]) Insbesondere seit der durch WO. §. 21, Abs. 1 für das gemeine Wechselrecht gegebenen Entscheidung. — Derselben Ansicht ist unverkennbar auch Unger; eben so Bluntschli, bei Dollmann a. a. O. S. 154. Auch bei Pöhls (S. 35. 46) finden sich schon unklare Andeutungen in dieser Richtung.

[18]) Thöl, Handelsr. Bd. 1, §. 127, S. 471 f. Unger a. a. O. S. 84, Anm. 28.

[19]) Für alle Arten des Wechselvertrages fordert diese Form Thöl, Entwurf, S. 43. Wechselr. §§. 150. 180. 185. 202. 212. 234. 271. Aber seitdem ist für das Accept einer Tratte (also auch einer Anweisung) durch WO. §. 21, Abs. 4 die entgegengesetzte Entscheidung gegeben, für welche auch innere Gründe sprechen; vgl. Liebe, Entwurf, S. 119 f., und die Allg. DWO. S. 94—96, Renaud, Wechselrecht, §. 36, und Walter, Deutsches Privatr. §. 344, S. 385. Die innern Gründe stellt Unger a. a. O. S. 109, Anm. 14 in Abrede, während auch er die WO. in unserm Sinne versteht. — Auch in diesem Puncte ist abweichender Ansicht Gengler, Deutsches Privatr. §. 130, Anm. 16, S. 626, und wie es scheint, auch Gerber, Deutsches Privatr. §§. 209. 211. Zweifelnd drückt sich Bluntschli, bei Dollmann a. a. O. S. 58, aus.

[20]) Thöl, Wechselr. §§. 180. 202. 212. 234; vgl. auch Entwurf e. WO. für Mecklenb. §§. 42. 43, und die Motive dazu.

[21]) Nur Das möchte ich bemerken, daß mit der Erklärung Kuntze's (die Obligation u. s. w. S. 259. 354, Anm. 5), das Indossament enthalte eine Novation der bisherigen Wechselverbindlichkeit, höchstens ein neuer Name für den ohnehin schon unzweifelhaften Vorgang, daß die Schuldner statt des bisherigen Gläubigers

Andere Ordrepapiere, außer dem Wechsel und dem Anweisungsaccept, welche formale Obligationen begründeten, sind dem gemeinen Deutschen Rechte unbekannt. Namentlich ist es eine ganz grundlose Behauptung Unger's[22]), daß die Platz- und Handelsbillets[23]), so wie die auf Namen lautenden Staats- und sonstigen Partialobligationen hierher zu stellen seien.

Was nun endlich diejenigen Papiere auf Inhaber betrifft, welche überhaupt als Urkunden über die Begründung eines Obligationsverhältnisses zu betrachten sind, so scheint mir so Viel festzustehen, daß gewisse Geldpapiere dem jedesmaligen juristischen Besitzer[24]) ein selbständiges, ohne Rücksicht auf den Rechtsgrund geltendes Forderungsrecht gegen den Aussteller verschaffen, daß also — um auch hier von dem Rechtsverhältnisse der spätern Nehmer abzusehen — zwischen dem Aussteller und dem ersten Nehmer derselben[25]) ein Formalvertrag geschlossen wird. Ich rechne dahin das einlösliche Papiergeld[26]), die sonstigen Staatsobligationen auf Inhaber und die unter öffentlicher Auctorisation von Privatpersonen ausgegebenen Geldpapiere, wie Banknoten, Pfandbriefe u. dgl. Das Papiergeld stellt zwar Unger[27]), der darunter die Banknoten mitbegreift, in einen

einen neuen erhalten, gewonnen, aber über das innere Wesen des Vorganges nicht der mindeste Aufschluß gegeben ist; vgl. auch Unger a. a. O. S. 119, Anm. 21.

[22]) A. a. O. S. 86—88.

[23]) Pöhls, Wechselr. Th. 1, §. 217, Liebe, Entwurf, S. 185, und Thöl, Wechselr. §. 274, behandeln sämmtlich diese Billets, insofern sie eine besondere Vertragsform ausmachen sollen, nur als particularrechtliche Institute.

[24]) Daß das die Gläubigerschaft verschaffende Verhältniß zum Papiere schlechthin im juristischen Besitze desselben bestehe, ist freilich vielfach bestritten. — Nur das Eine soll hier gegen Thöl, Handelsr. Bd. 1, §. 54e, S. 237, bemerkt werden, daß Mandatar des Gläubigers nie der juristische Besitzer, sondern nur der bloße Detentor sein kann. Dies übersieht auch Unger a. a. O. S. 130. Die fernere Bemerkung Thöl's, daß vermuthet werde, der Besitzer sei Gläubiger, oder Mandatar des Gläubigers, je nachdem er Jenes oder Dieses zu sein behaupte, ist dahin zu formulieren, daß je nach der Behauptung des physischen Besitzers vermuthet wird, er sei juristischer Besitzer, also Gläubiger, oder bloßer Detentor, und damit Mandatar des Gläubigers.

[25]) Kuntze a. a. O. S. 256. Unger a. a. O. S. 107 ff.

[26]) Wenigstens dieses läßt auch Thöl, Entwurf, S. 35, und Handelsr. Bd. 2, §. 149, Anm. 1, S. 31, vgl. mit Bd. 1, §. 54b, Anm. 1, S. 223, als „Summenversprechen" gelten; Bluntschli, Deutsches Privatr. Bd. 2, §. 117, No. 1, stellt noch die Banknoten dazu.

[27]) A. a. O. S. 6 ff.

scharfen Gegensatz zu den obligatorischen Inhaberpapieren[28]); aber der Zusammenhang zeigt, daß Dies nur von dem uneinlöslichen gelten soll.[29]) Auf eine weitere Erörterung der Lehre von den Inhaberpapieren muß ich hier verzichten.

Endlich ist noch zu erwähnen, daß Kuntze auch das Connossement zu den Formalcontracten rechnen will.[30]) Diese ohne Angabe von Gründen aufgestellte Ansicht erscheint mir ganz irrig.

Der Einfluß, den der materielle Rechtsgrund auf die Rechtsfolgen dieser modernen Formalcontracte ausübt, ist ohne Zweifel ganz nach Maßgabe der analogen im Römischen Recht für die Stipulation geltenden Normen festzustellen[31]); denn die Bestimmungen, durch welche dieses Recht theils, der durch ein Formalgeschäft erfolgten Vermögensübertragung gegenüber, dem Willen der Contrahenten über den Rechtsgrund Geltung verschafft, theils den Rechtsgeschäften mit bestimmten einzeln Rechtsgründen die Wirkung entzieht, haben durchaus keine besondere Beziehung auf die Form der Stipulation, wie sie ja auch in Bezug auf dingliche Rechte regelmäßig in gleicher Weise Anwendung finden. Daher hat denn der Schuldner wegen objectiv mangelnder, so wie wegen unsittlicher oder gesetzwidriger causa gegen den Gläubiger, oder gegen den etwanigen dritten Deleganten eine Condiction auf Liberation von der übernommenen Verbindlichkeit[32]) (auch, nach den Grundsätzen des sine iusta causa datum, auf Rückgabe der Urkunde), in Folge Dessen aus denselben Gründen auch als Beklagter eine exceptio doli, und außerdem die sonstigen aus bestimmten materiellen Rechtsgründen gegen Stipulationsklagen herzunehmenden Einreden.[33]) Völlig abweichend gestaltet sich aber praktisch das Recht der modernen Formalcontracte, außer den ausdrücklich „nicht an Ordre"

[28]) Aehnlich auch Liebe, die Allg. DWO. S. 128—130; dagegen braucht derselbe wunderbarer Weise Papiergeld und Papier au porteur als ganz gleichbedeutend S. 46—48 (auch) Entwurf e. WO. f. d. Herz. Braunschw. S. 90—92).

[29]) Die richtige Formulierung der Unger'schen, gegen Einert's Theorie gerichteten Aufstellungen würde diese sein: nicht jedes obligatorische Inhaberpapier ist Papiergeld, wenn auch einiges Papiergeld obligatorisches Inhaberpapier ist.

[30]) Die Obligation u. s. w. S. 354, Anm. 4.

[31]) So auch Unger a. a. O. S. 151—156, und, in Bezug auf Wechsel, Liebe, die Allg. DWO. S. 218—220.

[32]) So auch Unger a. a. O. S. 152 f., und, in Bezug auf Wechsel, Bähr a. a. O. S. 275.

[33]) So auch Unger a. a. O. S. 152—156, und, in Bezug auf Wechsel, Liebe, die Allg. DWO. S. 37—39. 109. 219 f.

gestellten Wechseln und Anweisungen, von dem der Stipulation dadurch, daß durch Indossament, so wie durch Nehmen eines in bianco indossierten Wechsels, einer in bianco indossierten Anweisung oder eines Inhaberpapieres das Recht aus der Urkunde ohne die dem Schuldner gegen den frühern Gläubiger zuständigen Einreden übergeht.[34]) Daher kann der Schuldner von den oben erwähnten Einreden nur dann Gebrauch machen, wenn er von Demjenigen, der mit ihm in dem den Rechtsgrund seiner Verpflichtung enthaltenden Verhältnisse steht, selbst (oder von dessen etwanigem Cessionar) verklagt wird.

So weit nun aber hiernach dem Schuldner eine Einrede aus dem materiellen Rechtsgrunde zusteht, muß entschieden der Ansicht Bähr's[35]) entgegengetreten werden, daß dieselbe ihrem juristischen Wesen nach eine aus dem Condictionsrechte entnommene Compensationseinrede sei; als solche könnte sie schon deshalb gar nicht ohne Weiteres zugelassen werden, weil die Compensation Gleichartigkeit von Forderung und Gegenforderung voraussetzt, die fragliche Condiction aber nicht auf eine Geldzahlung, sondern zunächst auf Liberation gerichtet ist.[36]) Zudem ist auch der von Bähr angegebene Grund, daß der Wechselnehmer die Wechselobligation als Repräsentant — gleichsam in rem suam procurator — des Papiers geltend mache[37]), wonach also das Papier eine juristische Person sein müßte, vollständig aus der Luft gegriffen[38]), und zwar um so gewisser, als die Eigenschaft, welche durch diese schiefe Ausdrucksweise angedeutet sein soll, nämlich die Begebbarkeit, dem Wechsel bekanntlich keineswegs wesentlich ist. Bähr bleibt auch selbst seinem allgemeinen Satze, daß es eine unmittelbar aus der objectiven Mangelhaftigkeit der causa gegen die Wechselklage herzunehmende Einrede nicht gebe, keineswegs treu, indem er bald darauf[39]) die Einrede der nicht gezahlten Valuta dem eignen Wechsel gegenüber nicht als Compensationseinrede, sondern als „die reine exceptio non numeratae pecuniae"[40]) bezeichnet.[41])

[34]) Für Wechsel ist Dies ausdrücklich ausgesprochen in WO. §. 82.

[35]) A. a. O. S. 276.

[36]) Es ist ungenau, wenn Unger a. a. O. S. 153 zu den Worten: „auf Liberation", den Zusatz macht: „d. h. hier auf Deckung".

[37]) A. a. O. Anm. 7.

[38]) Hiergegen auch Unger a. a. O. S. 155, Anm. 18.

[39]) A. a. O. S. 277.

[40]) Ueber den Begriff, den Bähr mit diesen Worten verbindet, ist Abh. II. zu vergleichen.

[41]) Thöl, Wechselrecht, §. 297, S. 531, läßt zwar eine „Einrede aus dem

Oftmals werden aber allerdings die materiellen Rechtsverhältnisse nur durch Vermittlung der Compensationseinrede auf das Recht aus dem Ordre- oder Inhaberpapier einwirken können, dann nämlich, wenn der Kläger aus einem obligatorischen Vertrage zur Leistung der Valuta oder der Deckung verpflichtet ist, und der Beklagte sich auf die Nichtleistung derselben beruft.[42]) Freilich ist bisweilen behauptet worden, daß die Compensationseinrede einem Inhaberpapiere gegenüber unstatthaft sei[43]), aber ohne allen innern Grund.

Von den aus dem objectiven Mangel des Rechtsgrundes hergenommenen Condictionen und Einreden werden praktisch die condictio indebiti und die entsprechende exceptio doli bei diesen Verträgen wohl am häufigsten vorkommen. In Betreff dieser ist nun noch die Frage zu erörtern, ob die für die Anfechtung einer indebite eingegangenen Stipulation in l. 25, §. 4 D. de prob. 22, 3 aufgestellten singulären Beweisregeln etwa hier analog anzuwenden sind. Da der Rechtsgrund in den modernen Ordre- und Inhaberpapieren selten angegeben zu sein pflegt, so würde im Bejahungsfalle der Regel nach der Gläubiger, nachdem der Gegner die behauptete subjective causa dargethan, den Beweis des debitum zu führen haben. Zunächst ist nun zu unterscheiden, ob die Ausstellung des Wechsels — was von dieser, gilt auch

---

Recht der Rückforderung kraft des unterliegenden Verhältnisses" zu, aber, wie der weitere Verlauf des §. 297 (namentlich No. 4 u. 5) zeigt, nicht in der von der Consequenz geforderten Ausdehnung. Aehnliches gilt von Walter, Deutsches Privatr. §. 367. Renaud, Wechselrecht, §. 79, scheint zwar das richtige Princip aufzustellen, ist aber im Einzeln nicht consequent.

[42]) Näher wird hierauf in Abh. II. §§. 4 u. 17 einzugehen sein.

[43]) Erk. des OAG. zu Kassel in Seuffert's Archiv, Bd. 3, No. 194. Thöl, Handelsr. Bd. 1, §. 54 f, bei Anm. 9, S. 227 a f. Beseler, Deutsches Privatr. Bd. 3, §. 225, Anm. 11, S. 323. Bluntschli, Deutsches Privatr. Bd. 2, §. 117, No. 3. Gengler, Deutsches Privatr. Anm. zu §. 38, Anm. 7, S. 171. Bekker, im Jahrb. des gem. D. R. Bd. 1, S. 398 f. Die richtige Ansicht bei Seuffert a. a. O. Anm. 1. Renaud, in der Zeitschr. f. Deutsches R. Bd. 14, S. 344. Dernburg, Compensation, S. 398. Unger, Inhaberpapiere, S. 149 f. — Gegen Thöl's Grund in der angef. Anm 9, die Compensationseinrede setze voraus, daß der Inhaber Gläubiger sei, er könne aber auch Mandatar des Gläubigers sein, ist einzuwenden, daß in eignem Namen nur Der klagen kann, welcher wirklich Gläubiger ist, daß also, wer so klagt, damit auch selbst behauptet, Gläubiger zu sein. — Wie man gar einem Wechsel gegenüber die Zulässigkeit der Compensationseinrede anzweifeln kann, wie es Bluntschli, bei Dollmann a. a. O. S. 125 f., thut, ist mir vollends ganz unbegreiflich.

von den übrigen hier fraglichen Formalverträgen — in der Absicht, eine eben hierauf gerichtete Obligation (aus dem „Wechselschlusse") zu erfüllen, oder in der Absicht, eine bestehende Verbindlichkeit zu novieren oder zu bestärken, vorgenommen sein soll. Im ersten Falle ist es am unzweifelhaftesten, daß von den aus dem princ. und den §§. 1—3 der l. 25 cit. zunächst für die Condicierung des indebite datum zu entnehmenden Regeln nicht abzugehen ist. Denn von diesem Falle, der auch bei der Römischen Stipulation vorkommen konnte, aber dort gewiß nur höchst selten vorkam, und deshalb oben im §. 4 von mir nicht besonders besprochen ist, redet l. 25, §. 4 cit. offenbar gar nicht. Vielmehr gehört derselbe zu den Fällen der „solutio indebiti", welchen dort der Fall: „si cautio indebite exposita esse dicatur", wobei allein an Novation und accessorische Stipulation gedacht ist, entgegengesetzt wird. Aber auch der zweite Fall wird beim Wechsel lediglich nach den Vorschriften der ersten Paragraphen der l. 25 — so weit der Anwendung der auch in ihnen enthaltenen widersinnigen Ausnahmsbestimmungen nicht etwa ein Deutsches Gewohnheitsrecht entgegenstehen sollte — zu beurtheilen sein. Dafür spricht einmal die allgemeine Betrachtung, daß singulären gesetzlichen Vorschriften mindestens dann ganz gewiß keine analoge Anwendung zukommt, wenn sie, wie im vorliegenden Falle, abgeschmackt sind. Sodann aber steht der zur Novation eines indebitum ausgestellte Wechsel — und die accessorische Ausstellung kann in dieser Hinsicht nicht abweichend von der novierenden behandelt werden — schon an sich dem in solutum datum eben so nahe, wie der novierenden Stipulation; denn in jenem wird dem Gläubiger ja wirklich zunächst eine körperliche Sache hingegeben, durch deren Hingabe die neue Obligation erst folgeweise entsteht[44]); die condictio indebiti in solutum dati richtet sich aber unzweifelhaft nach den Regeln der condictio indebiti soluti.

[44]) Die Behauptung Bähr's (S. 277), daß wir in dem zur Aufnahme eines Darlehens bestimmten — warum nur in diesem? — eignen Wechsel ohne Bescheinigung des Valutaempfanges das getreue Ebenbild der Römischen cautio, quae indiscrete loquitur, hätten, ist ungenau und verwirrend. Die Römische „cautio" war, selbst mit den Fictionen der Justinianischen l. 14 C. de contr. stip. 8, 38, doch nur eine über den verpflichtenden Act aufgenommene Beweisurkunde, während das Hingeben des eignen Wechsels den obligatorischen Vertrag selbst erst ausmacht.

II.

Die querela non numeratae pecuniae.

Die ältere Literatur findet sich bei Gneist, die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechts, Berl. 1845, S. 4—6. Nachzutragen wären etwa:

Unterholzner, ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre, Leipz. 1828. Bd. 2, §. 160.

B(oigt), über die Protestation gegen Quittungen innerhalb dreizig Tage von der Zeit ihrer Ausstellung, in den Rechtsfällen aus dem Gebiete des Handelsrechts, Th. 3, Heft 4, No. 2. Hamb. 1837.

Liebe, die Stipulation und das einfache Versprechen, Braunschw. 1840. §. 31.

Von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 5. Berl. 1841. §. 253, S. 416 f (vgl. §. 254, S. 423).

Osenbrüggen, zur Interpretation des Corpus iuris civilis, Kiel 1842. Cap. 2: Die Exceptio und Querela non numeratae dotis. Nov. 100.

Hinzugekommen sind seitdem, außer Gneist's erwähntem Werke selbst (No. I: die Exceptio non numeratae pecuniae; No. II: die Stipulation und ihre causa, §. 8, S. 211—218; No. III: die Stipulationsurkunden und die Querela non numeratae pecuniae, §§. 3—7; No. IV: der neuere römische Litteralkontrakt, §§. 7—9):

Sintenis, das practische gemeine Civilrecht, Bd. 2. Leipz. 1847. §. 96, S. 260—271.

Heimbach, die Lehre von dem Creditum, Leipz. 1849. S. 633—692.

Pagenstecher, de literarum obligatione, Heidelb. 1851. §§. 20. 21, pag. 48—55.

Einert, über das Wesen und die Form des Literalcontracts u. s. w. und Vergleichung desselben mit dem Wechsel, Leipz. 1852. S. 7—77.

Erxleben, die Condictiones sine causa, Th. 2. Gött. 1853. §. 10, S. 171—183.

Wetzell, System des ordentlichen Civilprocesses, erste Abtheilung, Leipz. 1854. §. 22, S. 125 f.

Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, Cassel 1855. §§. 27. 29. 62, und Anhang: die exceptio non numeratae pecuniae; vgl. denselben, zur Verständigung über den Anerkennungsvertrag u. s. w., in den Jahrb. f. d. Dogmatik des Privatrechts, Bd. 2. Jena 1858. S. 333—349.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten, erste Abtheilung, Erlangen 1857. §. 100, S. 426—429, und §. 148, S. 639.

Erster Abschnitt.

Relation früherer Ansichten und Angabe des eigenen Standpunctes.

---

§. 1.

Die gemeine Lehre.

In neuern Zeiten zweifelt Niemand mehr daran, daß jede Untersuchung über die querela und exceptio non numeratae pecuniae zum historischen Ausgangspuncte die so benannte exceptio des Formularprocesses zu nehmen hat. Dasjenige Rechtsinstitut, welches zur Zeit der classischen Jurisprudenz zuerst als exceptio non numeratae pecuniae bezeichnet worden ist, muß nothwendig eben eine wahre exceptio gewesen sein. Ferner ist es gewiß, daß einer condictio ex mutuo gegenüber die wie immer qualificierte Behauptung des Beklagten, das Geld sei ihm nicht gezahlt worden, den Prätor nicht veranlaßt haben kann, eine Ausnahme von dem an die Bedingung: „si paret dare oportere" geknüpften Condemnationsbefehle in die Formel zu setzen; denn falls der Beklagte mit jener Behauptung Recht hatte, lag ja die Voraussetzung des Condemnationsbefehles überhaupt nicht vor: eine eigentliche exc. n. n. p. der condictio ex mutuo gegenüber war also undenkbar.[1]) Diese Exception

[1]) In diesem Sinne sagt auch Thalel. ad l. 5 C. de n. n. p. (Bas. ed. Heimb. tom. II. pag. 657), die exceptio n. n. p. setze stäts eine Stipulationsklage voraus, obwohl Dies für das Justinianische Recht jedenfalls unrichtig ist. Vgl. auch Cropp, juriſt. Abh., Bd. 1, No. 18, S. 327. Savigny, System, Bd. 5, S.

konnte daher nur da stattfinden, wo über die Darlehnsschuld ein Formalcontract, insbesondere eine Stipulation, abgeschlossen war, durch welche die Klage als ipso iure begründet erschien. Aber auch nach denjenigen Schriftstellern, welche von dieser Bedeutung der Worte exc. n. n. p. ausgegangen sind, mit Ausnahme Bähr's[2]), soll diese Bezeichnung außerdem noch auf etwas Anderes übertragen worden sein: nämlich auf den gegen jeden Darlehnsschein, einerlei ob mit, oder ohne Stipulationsclausel, gerichteten Einwand, der Aussteller habe das fragliche Darlehen in Wahrheit nicht empfangen: welcher Einwand innerhalb der ersten fünf Jahre zur Folge gehabt haben soll, daß der Inhaber der Urkunde nun die Auszahlung des Darlehens auf andere Weise hätte darthun müssen. Um sich diese günstigere Stellung, falls der Inhaber innerhalb des (von Justinianus auf ein biennium herabgesetzten) quinquennium nicht klagte, für immer zu sichern, sei dem Aussteller das Mittel gegeben, außergerichtlich gegen den Inhaber feierlichen Protest zu erheben. Auch habe er innerhalb der fünf Jahre, nach rechtzeitig erhobenem Protest auch später, eine condictio sine causa auf Rückgabe der Urkunde gehabt, welcher der Inhaber gleichfalls nur durch anderweitigen Beweis des gezahlten Darlehens habe entgehen können. In dieser Gestalt sei das ganze Institut querela non numeratae pecuniae genannt worden, d. h. die einem schriftlichen Empfangsbekenntnisse gegenüber in irgend einer der eben aufgeführten Formen erscheinende Behauptung des nicht gezahlten Geldes. Diese ganz allgemeine Bedeutung von querela ist wenigstens von Gneist[3]) abweichenden ältern Ansichten gegenüber überzeugend nachgewiesen worden. Manche einzele Controversen, die sich an diese, im Ganzen als feststehend betrachteten Sätze angeknüpft haben, können hier unerwähnt bleiben; nur die wichtigsten Meinungsverschiedenheiten will ich hier berühren.

416, Note e. Sintenis, in Sell's Jahrb., Bd. 1, S. 284, u. pract. gem. Civilr. Bd. 2, S. 260 f., Anm. 28. Gneist a. a. O. S. 313. Bähr a. a. O. S. 300.

[2]) Eine ganz eigenthümliche Ansicht hat Einert in der oben angeführten Schrift aufgestellt, welche indessen mit den Quellen in so handgreiflichem Widerspruche steht, daß sie nur als eine seltsame Verirrung dieses angesehenen Juristen Erwähnung verdient. Vgl. die in der Abh. I, §. 6, Note 6 angeführte Recension von Fick.

[3]) A. a. O. S. 63 ff. — Aehnlich auch schon Unterholzner, im Archiv f. d. civ. Pr., Bd. 7, S. 42—44, und Verjährungslehre, Bd. 2, S. 35, Anm. 549.

Den Umfang des Rechtsinstitutes der quer. n. n. p. betreffen zunächst die folgenden. Nach Einigen soll sie nur gegen Darlehnsscheine stattfinden, nach Andern auch gegen sonstige schriftliche Empfangsbekenntnisse; ein anderer Streit dreht sich darum, ob sie nur bei solchen Empfangsbekenntnissen vorkomme, welche den Empfang schlechthin oder als „hiergegen" geschehen bezeugen, oder auch bei solchen, welche denselben in eine „bestimmte Vergangenheit" versetzen; ein dritter endlich um die Frage, ob sie dann wegzufallen habe, wenn der Aussteller selbst nicht behaupte, daß er den Schein in Erwartung einer noch zu erhaltenden Leistung, sondern daß er ihn in der irrthümlichen Voraussetzung, die Leistung wirklich erhalten zu haben, unterschrieben habe, und ob hier der gewöhnliche Gegenbeweis an ihre Stelle trete.

Man streitet sodann über den wichtigen Punct, ob nach Ablauf der fünf, bez. zwei, Jahre der Aussteller noch mit dem Gegenbeweise, daß er das Geld nicht empfangen habe, zugelassen werde, oder ob der Schuldschein in Verbindung mit dem unbenutzten Verstreichen der gesetzlichen Frist ihn geradezu obligiere. Dagegen ist man darüber einig, daß dieses ganze Institut im Justinianischen Rechte auf schriftliche Quittungen ausgedehnt sei; ob auch schon früher, und auf welche Quittungen, gilt wieder als zweifelhaft.

Endlich hat man die praktische Geltung der querela n. n. p. im heutigen Rechte allgemein angenommen.

Ein erheblicher Unterschied ist in den Ausführungen der frühern Schriftsteller in Betreff der historischen Erklärung der quer. n. n. p. zu bemerken. Einige betrachten die Verpflichtung des Inhabers des angefochtenen Empfangsbekenntnisses zum anderweitigen Nachweise der wirklich erfolgten Auszahlung als eine Folge allgemeiner Grundsätze; Andern gilt sie als Singularität, die auf positiven Vorschriften Römischer Kaiser beruhe. Die letztere Ansicht darf ich wohl als die herrschende bezeichnen; ich nenne als ihre Vertreter nur Cropp[4]) und Gneist.[5]) Liebe und Sintenis dagegen finden, abgesehen von der Zeitbeschränkung, nichts Singuläres in der querela non num. pec., jedoch meines Erachtens mit offenbarem Unrecht. Die Aufgabe würde die sein, aus allgemeinen Grundsätzen den vom Inhaber des

[4]) A. a. O. S. 342 ff.
[5]) A. a. O. S. 275 ff.

Schuldscheins noch anderweitig zu erbringenden Beweis der Auszahlung zu erklären. Ersichtlich kann man eine genügende Erklärung nicht in den Worten der l. 10 C. de non num. pec. 4, 30 finden: „— — negantem numerationem, cuius naturali ratione probatio nulla est" — ; denn die Frage ist gar nicht, woher es komme, daß der Darlehnskläger das Darlehen zu beweisen habe, sondern weshalb er diesen Beweis mit einem hierüber ausgestellten Geständnisse des Beklagten nicht sollte erbringen können. Daher hat man auch zu andern Deductionen seine Zuflucht genommen. Liebe macht für die seinige[6]) die stillschweigende Voraussetzung, daß die hier fraglichen „cautiones" einfache Schuldscheine ohne Stipulationsclausel seien, und die ausdrückliche, daß solche Schuldscheine Formalobligationen begründeten.[7]) Nun ist seine Deduction folgende. Wenn eine Stipulation gegen ein gleichzeitig oder nachher zu zahlendes Darlehen abgeschlossen, dasselbe aber nicht gezahlt sei; so habe dem Promissor die exceptio doli oder n. n. p. zugestanden, und hier habe natürlich der Stipulator die wirkliche Auszahlung des Geldes, den objectiven Eintritt der causa, zu beweisen gehabt. Ganz eben so sei aber zu behandeln, wer nicht aus einer Stipulation, sondern aus einer cautio, einem chirographum klage; denn diese Urkunde sei kein bloßes Beweismittel, sondern ein Formalact, der eine Obligation begründe, und für diese Obligation müsse der wirkliche Eintritt der causa nachgewiesen werden. — Will man zugeben, daß der Stipulator die Auszahlung des Geldes darzuthun habe, so kann Dies doch nur unter der Voraussetzung geschehen, daß von Seiten des Beklagten schon nachgewiesen sei, oder anderweit feststehe, daß gegen die fragliche Stipulation Geld gezahlt werden sollte: der Stipulation: „centum dari spondes?" — an sich ist Dies doch unmöglich anzusehen. Bei einem Darlehnsscheine denkt sich aber Liebe die Sache anders: hier entscheidet nach ihm „der ganz bestimmte rechtliche Gesichtspunct, daß die noch so bündig ausgestellte Handschrift die Vorleistung sei, aus deren Vorhandensein auf das Erfolgtsein der Gegenleistung ein Schluß nicht möglich ist." Auf diese Weise hat Liebe unvermerkt der Behauptung, daß der Schuldschein kein bloßes Beweismittel sei, die andere untergeschoben, daß er für den Umstand, den er eigentlich zu beweisen bestimmt ist,

---

[6]) Stipulation, §. 31, besonders S. 383 f.

[7]) Die Unrichtigkeit dieser Ansicht ist nachgewiesen in der Abh. I, §. 6.

gar kein Beweismittel sei, und Dies unter dem Vorwande, denselben zu größern Ehren zu bringen, indem er ihn für einen obligationsbegründenden Act ausgiebt.[8]) Vollends ist nun nicht zu begreifen, woher denn der „ganz bestimmte rechtliche Gesichtspunct" kommt, daß gerade dieser Formalcontract — wenn es nun einmal einer sein soll — stäts die Vorleistung für ein dagegen zu gebendes Darlehen sei, und warum nicht der Excipient, resp. Condicent, erst anderweitig soll darthun müssen, daß gerade diese, von ihm behauptete causa gewollt sei. Am Ende kommt es noch darauf hinaus, daß nun das chirographum, statt für das darin Zugestandene Beweismittel gegen den Aussteller zu sein, gerade für das Gegentheil des darin Zugestandenen als Beweismittel gegen den Inhaber, der es zur Begründung seiner Klage produciert, dienen soll. Und auf diesem Wege hofft Liebe der sonst angenommenen Singularität des Institutes zu entgehen!

Auch Sintenis hat sich ausdrücklich gegen Liebe's Deduction erklärt.[9]) Was er selbst zur Erklärung der quer. n. n. p. vorbringt[10]), scheint mir aber nicht klarer gedacht zu sein. Nach ihm gäbe es zwei gleich denkbare Wege für das positive Recht, den Widerruf eines früher abgelegten Geständnisses zu behandeln, entweder demgemäß der Ausmittlung des materiellen Rechtes gar kein Hinderniß in den Weg zu legen, oder umgekehrt ein abgelegtes Bekenntniß um seiner angeblichen Unwahrheit allein willen gar nicht widerrufen zu lassen. Wie dieser Gegensatz ergiebt, versteht Sintenis unter dem erstern Wege die Aufhebung der Wirkung des Geständnisses durch den spätern Widerruf: und diesen Gesichtspunct soll das Römische Recht festgehalten haben, bis als vermittelnder Ausweg die Zeitbeschränkung eingeführt wurde! — Die Wahrheit ist aber, daß für ein vernünftiges positives Recht jene doppelte Möglichkeit gar nicht vorhanden

---

[8]) Gerechtfertigt würde bis hierher die von Liebe dem Schuldbekenntnisse zugefügte Behandlung von seinem Standpuncte aus wenigstens dann sein, wenn er dasselbe für nothwendige Form dieses Formalcontractes, der cautio oder des chirographum, erklärte; vgl. Abh. I, §. 11, bei Anm. 12. Aber Dies thut er keineswegs, im Gegentheil sagt er S. 378 (vgl. auch S. 24) ausdrücklich: „es hat also hier das einfache Versprechen, sobald es nur schriftlich ertheilt wird, mit der Stipulation gleiche Wirkung."

[9]) In Sell's Jahrb., Bd. 1, S. 267, Note 1.

[10]) A. a. O. S. 285 ff. 299 ff. — Durch sein pract. gem. Civilr. Bd. 2, S. 261 f., Anm. 28, scheint er freilich jene frühere Erklärung zurück genommen zu haben.

ist. Gerade wenn der Ausmittlung des materiellen Rechtes kein positives Hinderniß in den Weg gelegt werden soll, kann man nur zu dem Ergebnisse gelangen, daß der bloße Widerruf eines früher dem Gegner abgelegten Geständnisses als solcher, abgesehen von einem etwa zu erbringenden Gegenbeweise, gar keine Wirkung haben dürfe. Dies kann nur Der leugnen, welcher es überhaupt für unnatürlich hält, daß ein Geständniß gegen den Gestehenden beweise: und mit einem Solchen will ich hier nicht streiten. Daß aber ein Geständniß überhaupt als Beweismittel in Betracht kommen könne, setzt schon den spätern Widerruf voraus; denn gegen Den, der auch jetzt im Processe noch gesteht, braucht man eben gar keine Beweismittel. Wenn also das Römische Recht, was noch Niemand bestritten hat, grundsätzlich gegen die beweisende Kraft der außergerichtlichen Geständnisse Nichts einzuwenden hatte, so steht eben damit schon fest, daß es den spätern Widerruf an sich im Allgemeinen als wirkungslos betrachtete.

Man kann sich daher nicht verhehlen, daß es sich bei der quer. n. n. p. nach der herrschenden Ansicht nothwendig um eine singuläre, processrechtliche Vorschrift handeln muß, welche dem außergerichtlichen Geständnisse unter gewissen Umständen die Beweiskraft ausnahmsweise versagt.

§. 2.

Die Ansicht Bähr's.

In einem ganz andern Sinne ist nun aber diese Singularität der quer. n. n. p. neuerdings von Bähr bestritten worden. Er behauptet nicht, daß die eben erwähnte Vorschrift nicht singulär sei; er behauptet vielmehr, daß sie im Römischen Rechte gar nicht existiere: er faßt also das Rechtsinstitut der quer. n. n. p. nach seiner materiellen Bedeutung ganz anders auf. Er leugnet vor Allem, daß es außer der exc. n. n. p. gegen Klagen aus Formalcontracten, worunter er für das Justinianische Recht nicht nur Stipulationen, sondern auch chirographa versteht, im Römischen Rechte noch ein Institut, ein „Beweisbeneficium", wie Gneist sagt, gebe, welchem derselbe Name zukomme. Die einzige Singularität der quer. n. n. p. besteht ihm darin, daß die condictio und die exceptio nicht perpetuae, sondern zeitlich beschränkt sind, und daß in Folge Dessen die außergerichtliche

Protestation eingeführt ist; daß aber während der gesetzlichen Frist die Auszahlung des Geldes nicht durch das Empfangsbekenntniß solle bewiesen werden können, sei in den Quellen nirgends gesagt.

Seine eigne Darstellung ist in Kurzem die folgende. Der exceptio n. n. p., welche, genereller gefaßt, nur als ein Fall der exc. doli erscheint, liegt die doppelte Voraussetzung zu Grunde, die Stipulation, aus welcher geklagt wird, sei gegen ein gleichzeitig oder erst später dagegen auszutauschendes Darlehen abgeschlossen worden, und dieses Darlehen sei nicht ausgezahlt. Ersteres einmal als schon feststehend angenommen, ist also damit die Stipulation auf denselben Standpunct versetzt, auf welchem sich das im Darlehnsvertrage enthaltene formlose Versprechen der Rückzahlung ipso iure befindet: jene, wie dieses, wirkte nur in Verbindung mit dem Beweise der Geldzahlung. Ohne die Exception aber war der Stipulant mit jenem Beweise verschont, nicht weil dieser Beweis durch die Stipulation für geführt angenommen wäre, sondern weil die Frage, an pecunia numerata sit, ganz außer Betracht blieb.

Lag die Stipulation in einer Urkunde bezeugt vor, so gestaltete sich die Sache folgendermaßen. Als causa konnte angegeben sein: 1) eine bestehende Schuld, z. B. eine in bestimmter Vergangenheit geschehene Realleistung (causa praecedens): hier konnte eine exceptio indebiti, bei welcher der Promissor den Beweis der Nichtschuld zu führen hatte, stattfinden, aber keine exc. n. n. p. 2) Eine noch bevorstehende Realleistung (causa futura): hier war die exc. n. n. p. am Platze, und der Kläger hatte natürlich das wirkliche Erfolgtsein der Leistung zu beweisen. 3) Eine Realleistung, die einfach als geschehen erwähnt war („unechte causa praecedens"): hier konnte man nicht wissen, ob der Schuldschein nicht vielleicht anticipiert sei, ob ihm nicht, statt der wirklichen Anerkennung einer vermeintlich bestehenden, die scheinbare Anerkennung einer noch erwarteten Schuld zu Grunde liege. Hier wäre es ungerecht gewesen, den Schuldner auf die Anfechtung der Stipulation wegen irrthümlich unterstellter Schuld zu beschränken; es mußte ihm auch gestattet sein, den Geldempfang zu leugnen. War dieser nicht erfolgt, so erschien es mindestens ungewiß, ob nicht die Urkunde in Erwartung der Geldzahlung ausgestellt sei. Daher konnte durch Vorschützung der exc. n. n. p. der Promissor den Stipulator auch hier nöthigen, die materielle Begründung der Schuld zu bewei-

sen. Die in der Urkunde enthaltene Bescheinigung der causa, welche freilich nicht als echte Anerkennung, die den Stipulanten von der Beweislast befreit hätte, aufgefaßt werden konnte, diente ihm nun aber doch als Beweismittel: er konnte damit die Zahlung, wie sie darin bezeugt war, d. h. als vor oder bei der Stipulation erfolgt, darthun. Wenn jedoch hiergegen der Promissor Gegenbeweis erbrachte, so war natürlich die Urkunde für die Frage nach der materiellen causa werthlos geworden.

Hierin lag nun unter Umständen eine nicht geringe Gefahr für den Gläubiger, nämlich wenn er das Geld in der That, aber erst nachträglich, ohne für ein neues Beweismittel zu sorgen, ausgezahlt hatte, oder wenn in Wirklichkeit gar kein baarer Geldempfang, sondern ein anderes, minder einfaches Geschäft die causa der Stipulation hatte abgeben sollen: hier mußte der Gläubiger, wenn der Schuldner die Thatsache, daß das Geld vor oder bei der Stipulation nicht gezahlt war, durch seinen Gegenbeweis dargethan hatte, entweder die nachträgliche Geldzahlung, oder den sonstigen Rechtsgrund der Stipulation anderweitig nachweisen, um obzusiegen. Mit dem Zeitverlaufe wurde diese Gefahr immer größer, und da in demselben, wenn der Promissor sich so lange bei der eingegangenen Stipulation beruhigt und die cautio in den Händen des Gläubigers gelassen hatte, zugleich eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür gefunden werden mochte, daß er in irgend einer Weise wegen der Valuta befriedigt sei, so nahm man an, daß es nach längerer Zeit („multum temporis") nicht mehr der aequitas entspreche, die exc. n. n. p. zu gewähren, hier vielmehr das formelle Recht der Stipulation in aller Strenge wirken müsse. Dieser Satz gewann, durch kaiserliche Rescripte anerkannt, wahrscheinlich gegen Ende der Regierung des Alexander Severus Geltung. Gleichzeitig wurde auch das Auskunftsmittel der Protestation eingeführt.

So wurde später das ganze Institut auf den einfachen Schuldschein, der ja nach Bähr Formalcontract geworden war[1]), übertragen, wahrscheinlich in der Zeit zwischen Diocletianus und Theodosius II. Die Anfechtung mittelst exceptio fiel in ihrer praktischen Bedeutung ganz mit dem einfachen Gegenbeweise zusammen, der gegen den Schuldschein zulässig war, so lange man ihn nur als

[1]) S. Abh. I, §. 6, Note 6, und von Note 22 an bis zum Schlusse.

Beweismittel betrachtete. Daher kann man das praktische Resultat auch so fassen: „nach bestimmter Frist können Schuldscheine aus dem Gesichtspunct einer anticipierten Ausstellung nicht mehr angefochten werden."

Seit dem Wegfalle des Formularprocesses konnte auch eine Acceptilation mittelst exceptio (oder vielmehr eigentlich replica) n. n. p. angefochten werden. Die Frist der exc. n. n. p. war wohl schon früher auf die Condiction einer Acceptilation ob causam non secutam angewandt worden. Nunmehr wurde aber ferner die einfache Quittung ganz eben so der Acceptilation assimiliert, wie der einfache Schuldschein der Stipulationsurkunde, daher auch auf sie die exc. n. n. p. ausgedehnt.

Justinianus endlich schaffte die exc. n. n. p. für einige Fälle ganz ab; für die übrigen beschränkte er wenigstens ihre Frist.

Für das heutige Recht zieht Bähr das Resultat, daß gegen Darlehnsscheine, wie gegen Quittungen der einfache Gegenbeweis nur innerhalb der gesetzlichen Fristen zulässig ist, wenn der Aussteller nicht während derselben protestiert hat. Dagegen wird die Anfechtung wegen irrthümlich unterstellter causa praecedens durch das Institut der quer. n. n. p. gar nicht berührt. Freilich scheint Bähr zu zweifeln, ob der richtigen Lehre nicht ein neueres Gewohnheitsrecht entgegen stehe, wenigstens nach den vermittelnden Vorschlägen zu urtheilen, die er in §. 62 für die heutige Rechtsprechung macht.

§. 3.

Der Standpunct dieser Abhandlung.

Ich habe nun die Stellung, die ich im Folgenden zu dieser neuen Lehre einzunehmen gedenke, im Allgemeinen zu bezeichnen. Ich stimme vollkommen dem zuerst von Bähr ausgesprochenen Satze bei, daß es kein Beweisbeneficium des Namens querela non numeratae pecuniae giebt, und daß die Jahrhunderte lang allgemein festgehaltene Ansicht, wonach in gewissen Fällen der bloße Widerruf des früher abgelegten Empfangsbekenntnisses es für den Beweis untauglich machen sollte, völlig unbegründet ist. Man sieht hieraus sogleich, daß das praktische Endergebniß, zu dem ich für das richtig verstandene Römische Recht gelangen muß, mit dem Bähr'schen

in vieler Beziehung zusammenfallen wird; freilich werden auch manche einzele Differenzpuncte sich herausstellen. Dagegen glaube ich, daß Bähr's juristische Auffassung der ursprünglichen Bedeutung der exc. n. n. p. irrig ist und ihn dazu getrieben hat, den Quellen, um in ihnen nicht eine directe Widerlegung seiner richtigen Lehre von der beständigen vollen Beweiskraft aller Empfangsbekenntnisse anerkennen zu müssen, die größte Gewalt anzuthun.

Bei der folgenden Darstellung meiner eignen Ansichten will ich zuvörderst nur die Zeit des Formularprocesses berücksichtigen, die Zeit also, für welche unsere unmittelbaren Quellenüberlieferungen mit den Rescripten des Diocletianus und seiner Mitregenten schließen, und zunächst für diese Periode aus den Quellen denjenigen Rechtszustand als den geltenden nachzuweisen suchen, zu dem wir mittelst Anwendung allgemeiner Grundsätze gelangen, wenn wir als einzige Singularität bei dem Institute der quer. n. n. p. die Zeitbeschränkung nebst der dadurch nöthig gemachten Wirkung der Protestation ansehen. Es wird sich sodann fragen, ob und welche Veränderungen oder Erweiterungen das Institut im spätern Römischen, namentlich im Justinianischen Rechte erfahren hat, und endlich, welche Anwendung davon im heutigen Rechte zu machen ist. Ehe ich indessen zu dieser letzten Untersuchung übergehe, werde ich die von mir für das Römische Recht gewonnenen Ergebnisse den frühern Ansichten gegenüber zu rechtfertigen suchen.

Zweiter Abschnitt.

Das Recht der Zeit des Formularprocesses.

§. 4.

Die möglichen Beziehungen zwischen Darlehnshingabe und Formalcontract.

Die Grundlage für die weitern Betrachtungen muß die Untersuchung abgeben, in welchen verschiedenen Beziehungen ein Formalcontract, namentlich eine Stipulation, seinen materiellen Rechtsgrund in einem Darlehen finden kann. Vor Allem ist hier zu berücksichtigen, daß eine Geldzahlung, insofern sie mit dieser Absicht vorgenommen wird, an sich schon geeignet ist, die Verpflichtung des Empfängers zur Rückgabe einer gleichen Summe zu erzeugen, und zwar eine Verpflichtung von gleicher Bestimmtheit, wie die aus der Promission dieser Summe entstehende. Nur wo diese Absicht bei den Parteien obwaltet, kann man von einem Darlehen im eigentlichen Sinne sprechen. Hiernach sind nun zwei Hauptfälle zu unterscheiden: die Stipulation: „centum dari spondes?“ kann sich an eine schon bestehende Darlehnsobligation als ihren Rechtsgrund anlehnen, oder die Geldzahlung kann unmittelbar zur Stipulation in dem Verhältnisse einer Gegenleistung gedacht sein, so daß also durch die Zahlung keine Obligation auf Rückzahlung entsteht.

Im erstern Falle handelt es sich stäts um eine Stipulation ex causa praecedente, und zwar in einer doppelten Weise[1]): entweder

[1]) Ulp. l. 2 D. de novat. 46, 2.

die Stipulation soll zu der bestehenden Obligation als Bestärkungsvertrag[2]) hinzutreten, oder sie ist dazu bestimmt, dieselbe zu novieren, so daß also das Aufgeben der bisherigen Darlehnsobligation von Seiten des Gläubigers als Gegenleistung erscheint. In beiden Fällen ist also Voraussetzung der Stipulation die Existenz der Darlehnsobligation. Wenn nun der Promissor behauptet, daß diese Existenz bei der Stipulation nur irriger Weise angenommen, daß z. B. das Darlehen in Wahrheit gar nicht gegeben sei, so stehen ihm zur Entkräftung der Stipulation condictio indebiti und exceptio doli (auch exceptio indebiti oder sonstige exceptio in factum) zu Gebote.[3]) Oben[4]) ist schon besprochen, wem hier im classischen Rechte die Beweislast obgelegen haben muß: nämlich einzig und allein dem Condicenten oder Excipienten, der also sowohl zu beweisen hatte, daß der Stipulation die Voraussetzung einer Darlehnsschuld zu Grunde gelegen habe, als auch daß das Darlehen in der That nicht gezahlt sei.

Ob im einzeln Falle durch die der Stipulation voraufgegangene Zahlung an den Promittenten wirklich schon eine Darlehnsobligation begründet ist, Das wird nach nichts Anderem zu bestimmen sein, als nach dem Willen der Parteien. Es ist eben so gut die andere Möglichkeit denkbar, daß diese bei der Zahlung den Willen hatten, daß dieselbe kein eigentliches Darlehen constituieren, sondern nur, in ihrer Eigenschaft als Leistung von dem Stipulator an den Promissor, den Rechtsgrund für die nachher vorzunehmende Stipulation abgeben solle. In diesem Falle ist die Stipulation, materiell betrachtet, nichts Anderes, als das in einen Formalcontract gekleidete Darlehnsversprechen

---

[2]) Ipso iure bestehen hier zwei auf dieselbe Summe gerichtete Obligationen neben einander; wenn aber die eine erfüllt ist, steht natürlich der Klage aus der andern exceptio doli entgegen. Vgl. überhaupt über diese accessorische Stipulation Bähr a. a. O. §. 13. Man kann nur zweifeln, ob nicht, wenn die Stipulation ausdrücklich so gefaßt ist: „eadem centum, quae tibi mutua dedi, dari spondes?“, wegen der völligen materiellen Gleichartigkeit der Obligationen aus Darlehen und Stipulation die Regel der l. 18 D. de V. O.: „qui bis idem promittit, ipso iure amplius quam semel non tenetur“, analog anzuwenden sein möchte. Vgl. Abh I, §. 1, Note 10. In solchen Fällen würde dann Modestinus' Ausspruch in l. 52, §. 3 D. de O. et A. 44, 7 Anwendung finden: „Re et verbis pariter obligamur, quum et res interrogationi intercedit“.

[3]) L. 31 D. de cond. ind. 12, 6. l. 3 C. eod. 4, 5. l. 20 D. de SC. Maced. 14, 6. l. 5, §. 1 D. de A. E. V. 19, 1. l. un. C. de err. calc. 2, 5. l. 15 C. de fideiuss. 8, 41.

[4]) Abh. I, §. 3, bei Note 14 u. 15.

(d. h. hier Versprechen der Rückgabe des Darlehens) selbst, während sie im vorigen Falle Bestärkung oder Novation der aus dem Darlehnsversprechen entstandenen Obligation war. Ganz dasselbe juristische Verhältniß zwischen Stipulation und Geldzahlung findet auch statt, wenn beide völlig gleichzeitig vorgenommen werden, so wie wenn die Stipulation gar der Geldzahlung voraufgeht. Hiermit haben wir denn also den zweiten der erst aufgestellten Hauptfälle: die Geldzahlung selbst ist Rechtsgrund für die Stipulation, und zwar entweder causa praecedens, oder causa praesens, oder causa futura.[5]) Diese Auffassung liegt den folgenden Quellenausſprüchen zu Grunde:

Ulp. l. 6, §. 1 D. de novat. 46, 2: „Quum pecuniam mutuam dedit quis sine stipulatione, et ex continenti fecit stipulationem, unus contractus est. Idem erit dicendum, et si ante stipulatio facta est, mox pecunia numerata sit“.[6])

Pomp. l. 7 D. eod.: „Quum enim pecunia mutua data (Vulg. pecuniam mutuam datam) stipulamur, non puto obligationem numeratione nasci et deinde eam stipulatione novari, quia id agitur, ut sola stipulatio teneat, et magis implendae stipulationis gratia[7]) numeratio intelligenda est fieri“.

Paul. l. 126, §. 2 D. de V. O. 45, 1: — — „Quoties pecuniam mutuam dantes eandem stipulamur, non duae obligationes nascuntur, sed una verborum“.

So weit diese Stellen von einer der Stipulation *voraus*gehenden Geldzahlung reden, kann die in ihnen enthaltene Entscheidung nur als Präsumption gelten, welche durch den Beweis des entgegenstehenden Willens der Contrahenten zu entkräften sein würde; auch giebt *Pomponius* selbst das „quia id agitur“ als einzigen Entscheidungsgrund in dieser Frage an. Nur wird freilich diese Prä-

[5]) Es gehört nicht in den Zusammenhang dieser Betrachtungen, daß natürlich die Stipulation auch umgekehrt causa für die Geldzahlung ist, gerade wie Dies auch beim einfachen Darlehen von der Begründung der auf Rückzahlung gerichteten Obligation gilt.

[6]) Der letztere Fall kommt auch vor in l. 19, §. 5 D. ad SC. Vell. 16, 1 u. l. 4 D. qu. res pign. 20, 3.

[7]) Diese Worte sind eine Umschreibung des Begriffes des materiellen Rechtsgrundes. Ganz ähnlich sagt *Scävola* in l. 6 D. de SC. Maced. 14, 6: „Contra etiam recte dicitur, si a patrefamilias stipulatus credas postea filiofamilias facto, Senatus potestatem exercendam, quia *expleta est numeratione substantia obligationis*.“

sumption factisch fast die Stelle eines zwingenden Rechtssatzes vertreten. Denn sie gilt nur da, wo die Stipulation „ex continenti", wie Ulpianus sagt, auf die Geldzahlung gefolgt ist — ohne Zweifel ist nämlich auch das „pecunia mutua data" des Pomponius in diesem Sinne zu verstehen —: und in diesen Fällen werden die Contrahenten zwar regelmäßig das hingegebene Geld als „Darlehen" bezeichnet haben, aber dabei sich selbst die verschiedenen Möglichkeiten der juristischen Auffassung, ob durch die Geldzahlung vorerst schon eine Darlehnsschuld entstehen, oder ob sie nur als Rechtsgrund für die später vorzunehmende Stipulation dienen solle, oft kaum klar gemacht, und noch seltener sich mit ausdrücklichen Worten für die eine oder andere entschieden haben, zumal da in der Regel die juristische Wirkung dieselbe gewesen wäre. Denn die Formel fiel für beide Klagen zusammen: es war die condictio certi: „si paret centum dare oportere"; zugleich reichte aber die Stipulation, welche jedenfalls galt, allein aus, um die Condemnationsbedingung wahr zu machen: es bedurfte also, um einen Mangel in Betreff der causa geltend zu machen, jedenfalls einer exceptio, als welche in beiden Fällen die exceptio doli gebraucht werden konnte, wie für den zweiten bald näher zu erörtern sein wird.[8])

Mit jenen Entscheidungen des Pomponius und Ulpianus ist nun auch die Fortsetzung der zuletzt citierten Stelle des Paulus durchaus nicht in Widerspruch. Sie lautet:

„Plane si praecedat numeratio, sequatur stipulatio, non est dicendum, recessum a naturali obligatione".

Naturalis obligatio heißt hier, wie schon aus den Worten an sich, und noch unzweifelhafter aus dem Zusammenhange hervorgeht, die aus der Geldzahlung entspringende Obligation, im Gegensatze der formalen Stipulationsobligation. „Si praecedat numeratio" aber bedeutet dem Paulus den Fall, wo irgend ein längerer Zeitraum zwischen den beiden Handlungen liegt, während Das, was

[8]) Vorausgesetzt ist hier natürlich immer die einfache Stipulation: „centum dari spondes?", nicht die oben in Anm. 2 erwähnte, welche offenbar, wo die Hundert nicht wirklich hingegeben sind, ipso iure nichtig, weil inhaltslos, sein würde. Zweifeln könnte man in Betreff der Stipulation: „centum (ohne eadem), quae tibi mutua dedi, dari spondes?", bei der möglicher Weise das „quae tibi mutua dedi" nur als unschädliche falsa demonstratio gelten könnte.

Ulpianus „ex continenti facere stipulationem", Pomponius „pecunia mutua data stipulari" nennt, bei Paulus schon in den Worten „pecuniam mutuam dantes stipulamur" liegt, welche nicht bloß den Fall bezeichnen, wo Geldzahlung und Stipulation ganz gleichzeitig, sondern den, wo sie überhaupt uno actu geschehen. In jenem Falle nun („si praecedat numeratio") wird man schon besondere Gründe für die Annahme verlangen, daß die Contrahenten bei der Geldzahlung bereits die spätere Stipulation beabsichtigten, und noch mehr für die weitere Annahme, daß sie die Zahlung nur als causa für diese Stipulation wollten. Mehr als diese Präsumption kann man aber auch in dieser Aeußerung des Paulus nicht finden[9]; denn es ist nicht einzusehen, warum, wenn die Geldzahlung einmal mit dem Willen geschehen ist, daß keine eigentliche Darlehnsobligation daraus entstehen solle, und nun selbst ein Jahr bis zur Stipulation vergeht, jetzt plötzlich doch eine Darlehnsobligation schon vorhanden sein sollte. Freilich wird, wenn die Stipulation gar nicht zu Stande kommt, der Geber doch immer die Darlehnssumme condicieren können, aber nicht ex mutuo, sondern propter causam non secutam.[10] Zugleich enthalten jene Worte des Paulus die Entscheidung, daß im angegebenen Falle im Zweifel auch keine Novation, also eine accessorische Stipulation, anzunehmen sei.[11]

---

[9]) „Non est dicendum" etwa: „es liegt kein Grund vor, zu sagen".

[10]) Diese beiden Condictionen fallen hier auch im praktischen Resultate nicht nothwendig zusammen, da ja, die Geldzahlung als Darlehn aufgefaßt, das Gegebene vielleicht erst nach Ablauf einer gewissen Zeit zurück gefordert werden sollte, die condictio causa data causa non secuta aber jedenfalls dann begründet sein würde, wenn der Empfänger es versäumt hätte, rechtzeitig zu promittieren.

[11]) Ohne Grund versteht Schmid, in den Krit. Jahrb. Bd. 10, S. 972, die Stelle dahin, daß die Stipulation gar keine Obligation erzeugen solle. Er hat eben die Möglichkeit einer accessorischen Stipulation nicht bedacht, was auch in Bezug auf die von ihm zur Unterstützung angeführte l. 9, §. 5 D. de R. C. 12, 1 gilt (welche nämlich durch die Promission des Pupillen allein die von demselben tutore auctore contrahierte Darlehnsschuld nicht noviert werden lasse, während doch nach G. 3, 176 und Ulp. l. 1, §. 1 D. de novat. 46, 2 an sich die Promission des Pupillen auch sine tutore auctore dazu ausreiche). Die übrigen von ihm beigebrachten Stellen hat er ganz falsch verstanden. G. 3, 131 leugnet durchaus nicht, daß eine Darlehnsschuld durch nomen transcripticium noviert werden könne, sondern setzt ganz einfach den Unterschied des nomen arcarium und transcripticium aus einander (vgl. Abh. I. §. 5). G. 3, 134, tit. I. de lit. obl. und Theoph. ad h. l. endlich verneinen eben so wenig die Möglichkeit der Novation einer Stipulations-

Außerdem ist noch zu berücksichtigen die Stelle des Modestinus in l. 52, §. 3 D. de O. et A. 44, 7:

„Re et verbis pariter obligamur, quum et res interrogationi intercedit".

Auch führt er im princ. unter den Begründungsarten der Obligationen auf: „aut re, aut verbis, aut simul utroque". Es handelt sich hier also um eine einzige Obligation, die gleichmäßig auf res und verba beruhen soll.[12]) Dies kann nun wirklich eine von der des Pomponius und des Paulus abweichende Auffassung unseres Falles sein, von der es dann nicht unmöglich wäre, daß Ulpianus sie getheilt hätte; denn er sagt nur: „unus contractus est", ohne sich darüber zu erklären, was für einer.[13]) Gewiß würde aber diese Auffassung an juristischer Schärfe hinter der anderen zurückstehen. Es ist aber auch möglich, daß Modestinus an specielle Fälle gedacht hat, worauf schon in Anm. 2 hingewiesen ist.

Es finden sich nun noch einige Stellen, wo die condictio ex mutuo (nicht etwa condictio causa data causa non secuta) zugelassen wird, wenn nach der Geldzahlung stipuliert, aber inutiliter stipuliert ist, wie Ulp. l. 9, §§. 4—7 D. de R. C. 12, 1 und Antonin. l. 3 C. de contr. stip. 8, 38. Diese könnte man vom Standpuncte des re et verbis simul obligari aus erklären: Letzteres sei die Absicht gewesen; da nun aber die verba wegfallen müssen, so sei wenigstens re contrahiert. Nöthig ist diese Erklärung aber durchaus nicht; denn nirgends ist in jenen Stellen gesagt, daß Geldzahlung und Stipulation uno actu vorgenommen seien, und in l. 9, §. 7 cit. muß sogar das Gegentheil angenommen werden, da inzwischen der Schuldner unter Curatel gestellt sein soll.

---

obligation durch literarum obligatio, sondern erwähnen nur, daß durch einen Schein mit Stipulationsclausel eben keine Literalobligation begründet werde.

[12]) Keinenfalls darf also Bähr, wie er S. 57 f., Anm. 4, geneigt ist, dem Modestinus die Anschauung, daß zwei Obligationen aus Darlehen und Stipulation neben einander bestünden, unterlegen. Eben so wenig darf er Dies auf Grund einer analogen Anwendung der l. 8 C. de novat. 8, 42 für Justinianisches Recht erklären; vielmehr enthalten die angeführten Pandektenstellen das Justinianische Recht. So auch Unger, Inhaberpapiere, S. 97, Anm. 9.

[13]) In der Justinianischen Compilation freilich wird durch die daran geschlossene Stelle des Pomponius dessen Auffassung mit Nothwendigkeit auch in das Fragment des Ulpianus hineingetragen.

Für unsere Untersuchung ist der immerhin noch mögliche Zweifel, ob wir uns die fragliche Obligation bloß als verbis, oder als re et verbis begründet zu denken haben, keinenfalls von Wichtigkeit. Denn wir haben es hier bloß mit dem Verhältnisse der stipulatio zu ihrer causa zu thun, und auch nach der zweiten Auffassung wäre es unzweifelhaft, daß diese, da ja nur eine Obligation sein soll, nicht in einer zu bestärkenden, und da ja der Promissor noch immer zugleich auch re obligiert sein soll, nicht in einer zu novierenden Darlehnsobligation, also nur in der Geldzahlung selbst bestehen kann.

Derjenige Promissor nun, welcher behauptet, daß für die Stipulation als Rechtsgrund in dem eben dargelegten Sinne eine Geldzahlung vorausgesetzt sei, aber nicht wirklich stattgefunden habe, hat zur Anfechtung der Stipulation zwar nicht die condictio indebiti promissi, aber ohne Zweifel eine andere condictio sine causa und entsprechende exceptiones doli und in factum. Ehe ich aber auf diese Rechtsmittel näher eingehe, habe ich noch zu untersuchen, ob etwa nach Römischem Rechte da, wo die Geldzahlung keine Darlehnsobligation begründet, noch andere rechtliche Beziehungen zwischen ihr und der Stipulation möglich sind.

Da nun einmal die Stipulation als eine selbständige Rechtsübertragung von dem Promissor an den Stipulator erscheint, so liegt der Gedanke nicht fern, in dem dagegen gezahlten oder zu zahlenden Gelde gleichsam einen Preis für das dem Stipulator zugewandte Recht zu erblicken. Daher könnte man die Frage aufwerfen, ob nicht, wie ein bloßer Vertrag über den Rechtsgrund, so auch ein obligatorischer Vertrag habe vorkommen können, der Stipulation und Geldzahlung in das Verhältniß von Leistung und Gegenleistung gebracht hätte. Hier würden dann nicht mehr Stipulation und Geldzahlung selbst, sondern die Verpflichtung zu promittieren von der einen, die Verpflichtung Geld zu geben von der andern Seite für einander als Rechtsgründe zu betrachten sein. Nach dem bekannten Römischen Contractssysteme wäre ein solcher Vertrag jedenfalls nur dann wirksam gewesen, wenn er als Kauf hätte aufgefaßt werden können. Für die Möglichkeit, die Stipulation als Kaufobject zu denken, ließen sich allerdings einige Analogien anführen. Bekanntlich war es schon im classischen Römischen Rechte zuletzt möglich geworden, eine Obligation zu kaufen, nämlich eine schon bestehende Forderung des Verkäufers an einen Dritten: der Verkäufer ward hier

zur Cession seines Rechtes verpflichtet.[14]) Dem heutigen Rechte ist sogar der Kauf einer eignen, erst zu schaffenden Formalobligation des Verkäufers gegen den Käufer nicht fremd. Wenigstens pflegt das Geben einer Tratte gegen Zahlung der Valuta als Erfüllung eines Kaufcontractes aufgefaßt zu werden.[14a]) Wer also eine Tratte kauft, Dem wird, wie er selbst dem Verkäufer zur Geldzahlung, so dieser zur Eingehung einer wechselmäßigen Verpflichtung durch Ausstellung (oder Indossierung) und Hingeben einer Tratte verbunden[15]): die materielle causa für die Wechselobligation besteht dann eben in der Erfüllung dieser Kaufobligation. Wird der Wechselverkäufer später nicht etwa von einem dritten Indossatar, sondern vom Käufer selbst wechselmäßig in Anspruch genommen, so kann er, falls der Kaufpreis etwa noch nicht bezahlt sein sollte, hieraus eine Einrede hernehmen: zwar nicht die exceptio doli wegen eines objectiven Mangels der causa; denn diese, seine Verpflichtung aus dem Kaufcontracte, bestand wirklich[16]); aber doch die Einrede der Compensation. Alles Dies würde sich natürlich bei der Stipulation eben so gestalten. Die Gegenleistung für die Promission würde in der Tilgung der eben auf Vornahme dieses Rechtsgeschäftes gerichteten Obligation bestehen, welche der Promissor vorher gegen die Verpflichtung des Stipulators zur Zahlung der betreffenden Geldsumme auf sich genommen hätte. Wurde der Promissor belangt, so hätte er wegen Nichtzahlung der Valuta eine exceptio doli opponieren können, hinsichtlich welcher es hier dahin gestellt bleiben kann, ob auch der Name exc. non num. pec. auf sie gepaßt haben würde, die aber jedenfalls eine Compensationseinrede gewesen wäre. Der Beklagte brauchte also für dieselbe Nichts zu be-

---

[14]) L. 23, pr. D. de hered. vend. 18, 4.

[14a]) Vgl. Thöl, Entscheidungsgründe des OAG. der vier fr. St. No. 93 u. 235.

[15]) Vgl. Thöl, Wechselrecht, §. 176, S. 109 f. — Möglich ist jedoch dieser Kauf allerdings auch in dem Sinne, daß der Verkäufer seiner Verpflichtung schon durch Hingeben einer von einem Dritten entweder an Ordre des Käufers gezogenen oder indossierten, oder in bianco indossierten Tratte genügt. Hier wird zwar ebenfalls eine Obligation gekauft, aber nicht eine eigne des Verkäufers. Im Zweifel wird indessen der Kauf einer Tratte unter Kaufleuten stäts in der im Texte angegebenen Weise verstanden.

[16]) Darüber, daß durch die Nichtbenutzung des Retentionsrechtes hier in keinem Falle die condictio indebiti (auf den Wechsel) oder die entsprechende exceptio doli begründet werden kann, vgl. Pomp. l. 51 D. de cond. ind. 12, 6. Erxleben, die Cond. sine causa, Th. 1, S. 100 ff.

weisen, als daß ihm der Kläger durch den Kauf dieser Stipulationsobligation dieselbe Summe schuldig geworden sei. Dabei wäre es nicht in Frage gekommen, ob der Beklagte, wie er seine Promission leistete, etwa von der Voraussetzung ausgegangen sei, der Stipulator habe das Geld schon bezahlt, oder von der andern, er werde es noch bezahlen. Sache des Klägers wäre es dann gewesen, die Erfüllung jener seiner Kaufobligation darzuthun, wofür er seinerseits vielleicht ein Moment daraus hätte entnehmen können, daß nachweislich der Beklagte bei der Promission schon von der Voraussetzung, die Gegenleistung bereits erhalten zu haben, ausgegangen sei.

Selbst wenn ein solcher Kauf im Römischen Rechte möglich gewesen wäre, würde man freilich vielleicht kaum geneigt sein, im Zweifel die Gegenüberstellung von Stipulation und Geldzahlung so zu interpretieren. Jedenfalls kann nun aber Nichts gewisser sein, als daß das Römische Recht eine eigne Obligation des Verkäufers nicht als möglichen Gegenstand eines Kaufes anerkannte. Das Kaufobject mußte vielmehr stäts eine außerhalb der Willenssphäre der beiden Contrahenten begründete oder zu begründende Existenz haben: es mußte namentlich ein denkbarer Gegenstand der Tradition, oder wenigstens des Analogons derselben bei Forderungsrechten, der Cession, sein; denn die Verpflichtung des Verkäufers ging nach der altherkömmlichen Auffassung des Kaufes auf ein tradere. Ein verbis se obligare aber erschien nothwendig als ein rein persönliches facere: und hierin ist eben der Kauf einer Forderung des Verkäufers an einen Dritten wesentlich verschieden von dem hier supponierten Geschäft. Und selbst wenn man heutzutage vom Kaufe eines Wechsels spricht, so wird dabei zunächst an den Kauf der körperlichen Sache, des mit gewissen, rechtlich erheblichen Worten beschriebenen Blattes Papier, gedacht, dessen Werth sich allerdings für den Empfänger nur nach dem Werthe des Forderungsrechtes bestimmt, welches durch die Tradition unvermeidlich zugleich für ihn begründet wird.

Wenn sonach von dem Kaufe einer Stipulation nach Römischem Rechte nicht die Rede sein kann, so bleibt doch noch eine zwischen dieser und der erst ausgeführten gewissermaßen in der Mitte liegende Auffassung möglich. Wo nämlich sonst um einer causa futura willen geleistet wird, welche selbst in einer Vermögensleistung von dem Empfänger an den Geber (diese beiden Ausdrücke im allgemeinsten Sinne genommen) besteht, da entsteht, abgesehen von der causa non secuta

zulässigen Condiction, wie bekannt, auch eine mit der actio praescriptis verbis geltend zu machende, auf eben diese Gegenleistung gerichtete Obligation. Das Römische Recht ist hier zwischen zwei Gesichtspuncten nicht zur Entscheidung gekommen. Seitdem da, wo es die Parteien wollen, durch die Leistung ein vertragsmäßiges Forderungsrecht für den Leistenden begründet wird, ist in diesen Fällen nicht mehr die erwartete Leistung des Objectes dieses Forderungsrechtes der Rechtsgrund für die erste Leistung, sondern die Begründung des Forderungsrechtes selbst: es handelt sich also um keine causa futura mehr, deren Eintritt noch zweifelhaft wäre, sondern um eine causa praesens, deren objective Existenz, von Ausnahmsfällen, wie mangelnder Handlungsfähigkeit des Empfängers, abgesehen, stäts gewiß ist.[17]) Für eine condictio causa data causa non secuta bleibt also von diesem Gesichtspuncte aus kein Raum mehr; denn es kann nicht zugleich die reale Gegenleistung, und die Verpflichtung zu dieser Leistung causa der Vorleistung sein. Gleichwohl existiert jene Klage noch im neusten Römischen Rechte auch in diesen Fällen: d. h. wenn der Geber will, kann er auch hier die Sache so ansehen, als sei die reelle Gegenleistung selbst zur causa bestimmt, und keine Obligation auf dieselbe begründet. Historisch erklärt sich diese merkwürdige Erscheinung freilich sehr einfach daraus, daß die actio praescriptis verbis ein Erzeugniß der juristischen Doctrin war, ein Aushülfsmittel, das nur allmählich in der Praxis allgemeine Geltung erlangte. Die

---

[17]) Ich verstehe nicht, warum nach Liebe, Stipulation, S. 350, und Zeitschr. f. Civilr. u. Pr., Bd. 15, S. 218. 224 ff. nicht das Versprechen die causa für die Leistung, sondern nur die Leistung die causa für das Versprechen sein soll; Beides ist natürlich gleichmäßig der Fall. Damit fällt Liebe's ganze innere Rechtfertigung des Nebeneinanderbestehens von actio praescriptis verbis und condictio causa data causa non secuta (bez. condictio sine causa, welche Bezeichnung er für die condictio propter poenitentiam als ausschließliche gelten läßt); es ist vielmehr die Bedingung seines Ausspruches (Zeitschr. S. 224) vorhanden: „sonst (nämlich wenn das Versprechen die causa wäre) wäre die Redensart causa non secuta sinnlos." Auch ist meines Erachtens Windscheid, Voraussetzung, No. 101, S. 160 ff. jene Rechtfertigung eben so wenig gelungen. Waechter, Doctr. de cond. c. d. c. n. s. pg. 30 sq., namentlich not. 34, v. d. Pfordten, Abh. No. 3, S. 276—278. 289 f., Chambon, Beitr. zum Obl.-R. S. 34 f., Erxleben, die Cond. sine causa, Th. 2, S. 348 ff., und Bähr, Anerkennung, S. 39 f. erkennen durch ihre Darstellung die Inconsequenz des Römischen Rechtes mehr oder weniger deutlich an.

Kraft dieser neuen Rechtsbildung war nicht so bedeutend, daß sie das Rückforderungsrecht ob causam non secutam da, wo es nach dem ältern Rechte einmal begründet war, ausschließen konnte.

Es fragt sich nun, ob auch in dem besondern Falle, wo die Stipulation geschehen war in Erwartung der Geldzahlung, neben der condictio causa data causa non secuta auf Acceptilation auch die actio praescriptis verbis auf Zahlung der Summe entstand[18]), ob hier also, materiell betrachtet, ein wirksames pactum de mutuo dando vorkam. Für unsere Untersuchung würde sich hieraus gegen die etwanige Klage aus der Stipulation, wie vorhin unter Voraussetzung des Kaufes, eine Compensationseinrede ergeben, bei der die Beweislast so vertheilt gewesen wäre: der Beklagte hätte darthun müssen, daß durch Vornahme der Stipulation in dieser Absicht eine Verpflichtung des Klägers zur Zahlung entstanden sei, der Kläger sodann, daß er dieselbe auch erfüllt habe. Ob nun wirklich auch die Stipulation als Grundlage für die actio praescriptis verbis habe fungieren können, darüber sind die Ansichten der Neuern getheilt. Liebe[19]) erklärt sich dafür; Gneist[20]) hält es für zweifelhaft; Bähr[21]) verneint die Frage. Hält man sich an die Worte des Paulus in l. 5, §. 3 D. de praescr. v. 19, 5: „quodsi faciam, ut des, et posteaquam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur", so ist die Frage natürlich in verneinendem Sinne erledigt. Läßt man aber, wie Dies gewöhnlich geschieht, auch den Innominatcontract facio ut des im Allgemeinen zu, so ist so Viel gewiß, daß aus den Quellen keine Stelle gegen die Anwendung desselben in unserm speciellen Falle anzuführen ist. Dafür spricht nach Liebe's Auslegung aufs Entschiedenste l. 2, §. 5 D. de R. C. 12, 1:

„Verbis quoque credimus, quodam actu ad obligationem comparandam interposito, veluti stipulatione".

Er bezieht nämlich das „credimus" auf den Promissor; aber es ist schon mehrfach gegen ihn ausgeführt worden, daß es nach dem Wort-

---

[18]) Praktisch genommen, hätte diese Auffassung, wie auch die erst supponierte Möglichkeit des Kaufverhältnisses, natürlich nur dann Interesse gehabt, wenn es sich um eine nicht sofort fällige Stipulation handelte; denn sonst wäre von Anfang an Compensation gegenüber der actio praescriptis verbis eingetreten.

[19]) Stipulation, S. 364 ff.

[20]) A. a. O. S. 168 f.

[21]) A. a. O. S. 42 f.

laute, wie nach dem ganzen Zusammenhange auf den Stipulator bezogen werden müsse.[22]) Auch l. 3 C. de rer. permut. 4, 64:

„Ex placito permutationis nulla re secuta constat nemini actionem competere, nisi stipulatio subiecta ex verborum obligatione quaesierit partibus actionem",

kann nicht auf unsere Frage bezogen werden; denn da die Klage „ex verborum obligatione" entstehen soll, so ist trotz des Singulars stipulatio, wenn beide Parteien eine Klage haben sollen, eben auch an zwei Stipulationen zu denken. Auch ist aus l. 9 D. de praescr. v. 19, 5, die auf Grundlage einer Acceptilation eine actio praescriptis verbis gewährt, für die Stipulation, wie mir scheint, nicht mehr zu schließen, als aus jeder andern Stelle, die aus irgend einem andern facere jene Klage zuläßt.[23]) Dagegen sind nun nach meiner Ansicht allerdings auch die Stellen, welche aus einem facere im Allgemeinen die actio praescr. verbis entstehen lassen, für uns völlig ausreichend, um dieselbe auch dem Promissor zuzuschreiben, falls die Parteien die Entstehung einer Obligation gewollt haben. Es ist gar nicht einzusehen, warum die Uebernahme einer civilrechtlich bindenden Obligation in dieser Beziehung anders angesehen werden sollte, als alles übrige facere. Nur darf die hervorgehobene Bedingung nicht übersehen werden, wie es bei dieser und ähnlichen Fragen freilich oft genug geschieht. Auch bei der Form do ut des z. B. entstand die actio praescr. verbis nur deshalb, weil, und nur da, wo die Absicht der Parteien eine obligatorische war; wenn sie wollten, konnte aber rein die Auffassung festgehalten werden, daß die beiden

---

[22]) Savigny, System, Bd. 5, S. 533. Sintenis, in Sell's Jahrb. Bd. 1, S. 261. Heimbach, Creditum, S. 290. Bähr, Anerkennung, S. 43. Nach dem Zusammenhange der Stelle ist es nicht unwahrscheinlich, daß Paulus hier speciell von der gegen eine Geldzahlung geschehenden Stipulation spricht; vgl. für diesen Gebrauch von credere auch l. 4 D. de SC. Maced. 14, 6. Dann würde das „interposito" recht prägnant das Dazwischentreten der Stipulation zwischen das Hingeben des Geldes und seine sonstige, unmittelbar obligierende Wirkung bezeichnen. Die Stelle wäre dann noch neben den oben citierten l. 6, §. 1. l. 7 de novat. u. l. 126, §. 2 de V. O. aufzuführen.

[23]) Nur darf man nicht mit Gneist a. a. O. bezweifeln, ob die „incerti actio" in dieser Stelle wirklich die actio praescriptis verbis sei, und nicht vielmehr die condictio ob causam datorum. Letztere kann deshalb nicht gemeint sein, weil die „incerti actio" nicht auf Wiederherstellung der alten Obligation, sondern auf Leistung der versprochenen neuen gehen soll.

dare selbst Rechtsgründe für einander sein sollten, so daß der erste Geber höchstens das Gegebene zurück verlangen, nicht aber die Gegengabe fordern konnte.[24]) Nur war die letztere Absicht im Zweifel nicht anzunehmen. Dagegen ist es nun allerdings innerlich sehr wahrscheinlich, daß die Römer für den hier besprochenen Fall im Zweifel gerade umgekehrt angenommen haben werden, die Absicht der Parteien sei nicht auf Schließung eines unbenannten Realvertrages gerichtet; denn die natürlichere Auffassung war doch immer die, daß die Stipulationsobligation nicht eine besondere Zuwendung an den Stipulator sein sollte, sondern nur die in eine Formalobligation verwandelte Darlehnsobligation selbst.

Obgleich also theoretisch das hier dargelegte Verhältniß zwischen Stipulation und Geldzahlung, wonach letztere nur die Erfüllung einer als Rechtsgrund der erstern fungierenden Obligation darstellen würde, nicht für unmöglich erklärt werden dürfte, können wir uns vom praktischen Standpuncte aus wohl darauf beschränken, da, wo die Stipulation nicht Novation oder Bestärkung der schon bestehenden Darlehnsobligation ist, sie mit der Geldzahlung selbst im Wechselverhältnisse des Rechtsgrundes zu denken.

---

[24]) So denkt sich z. B. wahrscheinlich Celsus in l. 16 D. de cond. c. d. c. n. s. 12, 4 die Absicht der Contrahenten; sonst könnte er nicht wohl entscheiden, „nullam hic aliam obligationem esse, quam ob rem dati re non secuta". Wenn Exrleben, die Cond. s. c. Th. 2, S. 347, darin Recht hat, daß Aristo dem Celsus wegen dieser Entscheidung entgegen getreten ist, nach l. 7, §. 2 D. de pact. 2, 14, und wenn nicht vielmehr hier von einem eigentlichen responsum des Aristo an den freilich ziemlich gleichzeitigen, aber doch möglicher Weise etwas jüngern Celsus die Rede ist, mit dessen Inhalt dieser, worauf auch l. 2 D. de praescr. v. 19, 5 hinzudeuten scheint, völlig übereinstimmte, so könnte sich dieser Gegensatz eben daraus erklären, daß die beiden Juristen von verschiedenen factischen Voraussetzungen ausgegangen sein mögen. Jedenfalls ist im Justinianischen Rechte die l. 16 cit. auf die angegebene Weise zu verstehen, indem sie sonst dem Rechte der Innominatcontracte widersprechen würde. — Auch heutzutage ist ein solches Geschäft noch denkbar (vgl. Arndts, Pandekten, §. 235, Anm.), gerade so, wie auch die Gültigkeit der formlosen Verträge die Contrahenten, wenn sie wollen, nicht hindert, statt eines Consensualvertrages einen unbenannten Realvertrag zu schließen, dessen Gültigkeit erst mit der von der einen Seite geschehenden Leistung anfängt; vgl. Brinz, krit. Blätter, No. 1, S. 19—34, u. Pandekten, Abth. 1, §. 91, S. 370 ff. §. 97, S. 411. §. 106, S. 444 f. Windscheid, Voraussetzung, S. 164 f.

§. 5.

Die Anfechtung des Formalcontractes wegen Nichtstattfindens der vorausgesetzten Geldzahlung: a) mit condictio sine causa im engern Sinne und entsprechender exceptio doli.

Ich komme jetzt zur genauern Betrachtung der oben (S. 196) berührten condictio sine causa und exceptio doli. Was hierbei von jener zu sagen ist, muß analog auch von der letztern gelten.

Schon in der ersten Abhandlung (§. 3) ist darauf hingewiesen, daß, wer eine condictio wegen objectiven Mangels des Rechtsgrundes anstellt, sowohl die subjectiv gewollte causa, als auch die Nichtexistenz derselben darzuthun hat. Handelt es sich hier nun um eine vergangene oder gegenwärtige causa, von welcher der Kläger behauptet, daß sie objectiv von Anfang an nicht vorhanden gewesen sei, so setzt das Zusammentreffen dieser beiden Umstände, deren Beweis ihm obliegt, offenbar einen Irrthum im eigentlichsten Sinne des Wortes voraus. Wer z. B. eine Schuld *zahlen* will, Der muß zugleich der Ansicht sein, daß diese Schuld existiere; denn dem Begriffe nach ist eben die *Zahlung* ein Hingeben von Sachen, durch welches eine Schuld getilgt werden soll. Daher muß unzweifelhaft, wer die condictio indebiti anstellt, einen Irrthum beweisen, aber nicht etwa als ein Drittes neben der Zahlung und der Nichtschuld, sondern als Etwas, was bei richtigem Verständnisse des Wortes *Zahlung* schon in diesen beiden Momenten enthalten ist.[1]) Dabei ist nur noch zu bedenken, daß, wenn einmal feststeht, daß ein indebitum gezahlt ist, damit die Thatsache der *Zahlung* im eigentlichen Sinne einigermaßen unwahrscheinlich gemacht ist; denn zunächst spricht eine (menschliche) Vermuthung dafür, daß der Geber wohl gewußt haben werde, ob er schuldig sei, oder nicht, und daß er daher, da er nicht obligiert war, in Wahrheit wohl nicht den Zahlungs-, sondern z. B.

---

[1]) Vgl. Abh. I. §. 4, bei Note 7 u. 28. — Nur in diesem Sinne ist *Puchta*, Pandekten, und Vorlesungen, §. 309, darin beizustimmen, daß der Kläger den Irrthum nicht zu beweisen brauche. *Fein*, Beitr. z. Lehre v. d. Nov. u. Deleg. S. 47, versteht diesen Satz, dem er sich dort anschließt, offenbar anders, indem er die wahre Bedeutung von *Zahlung* nicht im Auge behält.

den Schenkungswillen gehabt haben werde.[2]) Daher muß eine iusta ignorantiae causa dargelegt werden, um diese Vermuthung, welche gegen den Irrthum, d. h. gegen die Zahlung ihrer subjectiven Seite nach, streitet, zu überwinden. Zu den Voraussetzungen der condictio indebiti gehört nun aber bekanntlich nicht nur irgend ein Irrthum in Bezug auf die Existenz der Schuld, sondern sogar ein entschuldbarer Irrthum.[3]) Daher läßt sich nach meiner Ansicht nicht leugnen, daß das Römische Recht hier nicht ganz den Ergebnissen entspricht, zu denen wir bei consequenter Durchführung des Satzes, daß wegen jeder objectiven Ermangelung des gewollten Rechtsgrundes eine Condiction stattfinde, gelangen würden. Darum darf man aber doch nicht das Erforderniß der Entschuldbarkeit des Irrthums aus einer Besonderheit des gerade in der condictio indebiti zur Erscheinung kommenden Anfechtungsgrundes erklären; denn dasselbe ist auf einen allgemeinen Satz des Römischen Rechtes zurückzuführen, nach welchem überall, wo im Falle eines Irrthums gewisse Rechtswirkungen eintreten, die ohne denselben nicht eintreten würden, wie z. B. auch bei der Usucapion und wegen Fehler gekaufter Sachen, der unentschuldbare Irrthum gar nicht berücksichtigt, d. h. als kein Irrthum behandelt wird.[4]) Ueber die Entstehung dieses Satzes Vermuthungen aufzustellen, oder seine innere Begründung zu prüfen, ist hier nicht der Ort. Hier kommt es mir nur darauf an, hervorzuheben, daß alles eben über die condictio indebiti Bemerkte offenbar eben so sehr von jeder andern condictio sine causa gelten muß, welche der Kläger dadurch begründet, daß der von den Parteien gewollte vergangene oder gegenwärtige Rechtsgrund nicht wirklich existiert habe.[5]) Wer z. B. wußte,

---

[2]) Vgl. Abh. I. §. 4, Note 33. — Hierdurch erledigen sich die Bemerkungen des OAG. zu Lübeck in einem Erk. v. J. 1844, bei Seuffert, Archiv, Bd. 10, No. 56, der Beweis des Irrthumes sei in dem des indebitum mitenthalten; wollte man ein Weiteres verlangen, so würde Dies auf den Beweis hinaus laufen, daß keine Simulation oder Schenkung stattgefunden habe. Einiger Nachweis in dieser letztern Richtung ist eben wirklich zu verlangen; nur kann hier, wo es sich um eine nicht wohl anders, als durch Indicienbeweis herzustellende Thatsache handelt, von einem formalen Abwägen der Beweis- und Gegenbeweismomente nicht die Rede sein.

[3]) Vgl. Abh. I. §. 4, Note 27.

[4]) Savigny, System, Bd. 3, S. 335.

[5]) Innerlich unhaltbar ist der von Bähr aufgestellte Gegensatz von stipulatio debiti und stipulatio ob causam, während die in Bezug auf die

daß eine gewisse Ehe augenblicklich nicht bestehe, kann unmöglich für diese Ehe als eine gegenwärtige eine Dos haben bestellen wollen: fordert er also Sachen zurück, weil er dieselben in dieser Weise dotis causa gegeben habe, so muß er dem Richter klar machen, daß und wie er dazu gekommen sei, sich über jene factische Voraussetzung zu irren: und da hier einmal ein Irrthum erforderlich ist, so muß es nach jenem allgemeinen Satze ferner auch ein entschuldbarer sein. An der Richtigkeit dieser Ansicht kann der Umstand keinen Zweifel erregen, daß für dieselbe keine ausdrücklich von der condictio sine causa im engern Sinne redenden Quellenbelege anzuführen sind; denn es ist gar kein innerer Grund erdenkbar, weshalb die condictio indebiti in dieser Beziehung von den andern condictiones sine causa unterschieden sein sollte, während sie in l. 1, pr. D. de cond. sine c. 12, 7 offenbar als ganz gleichartig mit diesen aufgeführt wird.[6]) Daß gerade keine Stelle vorhanden ist, worin der entschuldbare Irrthum ausdrücklich als Voraussetzung einer andern condictio sine causa genannt wird, erklärt sich leicht aus der verhältnißmäßig großen Seltenheit der hier in Betracht kommenden Fälle.

Savigny's Auctorität steht insofern der hier gegebenen Darstellung zur Seite, als er den Irrthum für die Voraussetzung jeder condictio wegen Ermangelung der causa erklärt.[7]) Auch Windscheid stimmt so weit damit überein; er stellt aber den Irrthum als ein drittes Erforderniß neben subjectiver causa und objectiver Nichtexistenz derselben auf[8]) und begnügt sich für die erstere mit dem Beweise, daß die Erklärung des Willens nur auf eine bestimmte Voraussetzung gelautet habe, indem er davon ausgeht[9]), anzunehmen, daß diese Erklärung nicht ernst gemeint sei, sei an und für sich gar kein Grund vorhanden: daher müsse, wer Dies behaupte, den Beweis führen. Abgesehen aber davon, daß die causa gar nicht immer ausdrücklich erklärt wird, vergißt Windscheid hier, daß ja gerade in der objec-

---

Anfechtung entscheidende Verschiedenheit in dem Gegensatze von causa praeterita (oder praesens) und futura liegt. Vgl. Bähr, §. 15, S. 53, auch §§. 18—20.

[6]) „Est et haec species condictionis, si quis sine causa promiserit, vel si solverit quis indebitum." Vgl. Errleben, die Cond. s. c. Th. 1, S. 55 ff. Dernburg, in der Heidelb. krit. Zeitschr. Bd. 3, S. 498 f.

[7]) System, Bd. 3, S. 360 f. Bd. 4, S. 225. Bd. 5, S. 521.

[8]) Voraussetzung, S. 189.

[9]) Ebendaselbst S. 204.

tiven Nichtexistenz einer vergangenen oder gegenwärtigen causa allerdings ein Grund liegt, die betreffende Erklärung für simuliert zu halten, wenn nicht eben wieder besondere Gründe vorhanden sind, die einen Irrthum glaublich machen. Römer[10]) endlich unterscheidet, ohne Gründe anzugeben, zwischen condictio indebiti und andern condictiones sine causa: bei jener wohl, aber nicht bei diesen gehöre der Irrthum zur Begründung der Klage. Doch aber giebt er zu, daß der Hingebende, wenn er das Nichtsein der causa gekannt habe, gar nicht wegen dieser causa hingegeben habe, sondern „pure, um den Andern zu bereichern," und daß daher dem Letztern, falls er diesen Beweis führe, der cond. sine causa gegenüber die exc. doli zustehe. Die Willkürlichkeit dieser Lehre liegt auf der Hand. Wenn Jemand „gar nicht wegen dieser causa hingegeben hat", so kann er schon ipso iure nicht die condictio deswegen haben, weil die causa nicht wirklich gewesen sei, da ja die Behauptung, daß er wirklich wegen der fraglichen causa hingegeben habe, jedenfalls ein Stück des Klaggrundes ausmacht.

Nach dem eben Ausgeführten hat also, wer eine Stipulationsobligation condiciert, weil er sich unter irriger Voraussetzung einer an ihn schon geschehenen, oder gleichzeitig geschehenden[11]) Geldzahlung obligiert habe, Beides zu beweisen, sowohl daß die Geldzahlung den Rechtsgrund habe ausmachen sollen, als auch daß sie nicht geschehen sei, und sein hierin liegender Irrthum muß als ein entschuldbarer erscheinen.

Eine derartige Condiction ist zur Unterscheidung von der condictio indebiti einerseits, wie von der condictio causa data causa non secuta andrerseits als eine condictio sine causa im engern Sinne zu bezeichnen.

---

[10]) Die Beweislast hinsichtlich des Irrthums, S. 56 u. 66.

[11]) Z. B. der Stipulator habe ihm während des Formalactes Etwas hingegeben, was er, der Kläger, für die betreffende Geldsumme gehalten habe, was aber entweder gar kein Geld, oder doch weniger Geld gewesen sei. — Einen solchen Fall setzt auch Pap. l. 120 D. de V. O. 45, 1 voraus; hier ist aber die Stipulation, falls das Hingegebene nicht wirklich die fragliche Geldsumme ist, schon ipso iure nichtig, weil sie nicht schlechthin auf centum aureos dari, sondern auf hanc summam centum aureorum dari gefaßt sein soll.

§. 6.

Die Anfechtung des Formalcontractes wegen Nichtstattfindens der vorausgesetzten Geldzahlung: b) mit condictio causa data causa non secuta und entsprechender exceptio doli.

Unter diejenige condictio sine causa, welche S. 196 in Gegensatz zur condictio indebiti gestellt ist, gehört nun aber, außer der Anfechtung wegen irrthümlich vorausgesetzter *früherer* oder *gegenwärtiger* Geldzahlung, noch der dritte Fall, wo der Condicent behauptet, daß er in Erwartung einer ihm *noch zu leistenden* Geldzahlung promittiert habe, diese aber ausgeblieben sei[1]: und Dies ist bekanntlich eben ein Fall der am Schluß des §. 5 genannten condictio causa data causa non secuta (oder condictio ob causam datorum im engern Sinne). Die entsprechende exc. doli erwähnt ausdrücklich G. 4, 116:

„— — velut si stipulatus sim a te pecuniam tamquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim: nam eam pecuniam a te peti posse certum est; dare enim te oportet, quum ex stipulatu teneris; sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere“,

desgleichen Ulp. l. 2, §. 3 D. de dol. exc. 44, 4:

„Proinde et si crediturus pecuniam stipulatus est, nec credidit, — — nocere exceptionem.“

Die cond. c. d. c. n. s. unterscheidet sich dadurch von den eben besprochenen Fällen der condictio sine causa oder ob causam datorum in der weitern Bedeutung, daß bei ihr von einem Irrthum im eigentlichen Sinne nicht die Rede ist.[2] Doch würde es auf einen Wortstreit hinaus kommen, wenn man nicht zugeben wollte, daß man auch hier die nicht erfüllte Erwartung etwa einen Irrthum in Betreff der Zukunft nennen könnte.[3] Nur muß man daran fest-

[1] Es bedarf kaum der Erwähnung, daß hier natürlich nicht eine durch die Geldzahlung bedingte, sondern unbedingt auf „centum dari“ lautende Stipulation vorausgesetzt wird.

[2] Ganz Dasselbe gilt auch von dem andern, hier nicht in Betracht kommenden Falle, wo der Condicent behauptet, daß die causa objectiv zwar anfangs vorhanden gewesen, aber später wieder weggefallen sei.

[3] *Savigny* spricht demzufolge auch hier von einem Irrthum (s. die Citate in §. 5, Anm. 7); gegen ihn haben sich erklärt *Erxleben*, die Cond. s. c. Th. 1, S. 56 f., u. *Römer* a. a. O. S. 55 f.

halten, daß ein solcher Irrthum in der Regel keiner besondern Erklärung bedarf, da eben die Zukunft nicht Gegenstand des menschlichen Wissens sein kann, und daß daher in dem Nichteintritte des erwarteten Rechtsgrundes in der Regel kein Grund liegen kann, an dem Ernste der Erklärung, durch welche bei der Vermögensübertragung gerade dieser Rechtsgrund genannt worden ist, zu zweifeln, so wie ferner daran, daß ein solcher Irrthum stäts als entschuldbar erscheinen wird. Eine Ausnahme muß allerdings hinzugefügt werden, welche indessen für diesen Zusammenhang nicht weiter in Betracht kommt: wenn nämlich der Eintritt der causa von vorn herein unmöglich war, so ist ein Irrthum in demselben Sinne erforderlich, wie bei der condictio indebiti und den dieser analogen condictiones sine causa; denn da in der Regel jeder Mensch von der Zukunft allerdings Das weiß, daß das Unmögliche nicht eintreten wird, so kann man erst dann glauben, daß der Kläger eine objectiv unmögliche causa gewollt habe, wenn besondere Gründe auf einen Irrthum hinführen, der in Betreff der Möglichkeit bei ihm obgewaltet haben könnte[4]), und welcher dann, nach der allgemeinen Regel, natürlich auch sich als entschuldbar herausstellen muß.[5])

[4]) L. 59, §. 2 D. de l. D. 23, 3 („quae libera videbatur"). L. 6 C. de cond. ob c. dat. 4, 6. L. 3, §. 5 D. de cond. c. d. c. n. s. 12, 4 („qui bona fide serviebat"). Vgl. Waechter, Doctr. de cond. c. d. c. n. s. pg. 39 sqq. pg. 44. Errleben, die Cond. s. c. Th. 2, S. 455 f. Dagegen freilich Bähr a. a. O. S. 63 f. — Ueber die Beweislast in Betreff dieses Irrthums sind Wächter und Errleben verschiedener Ansicht: die richtige Entscheidung ergiebt sich leicht, wenn man davon ausgeht, daß der Irrthum nicht als ein Drittes neben subjectiver causa und Nichtexistenz derselben in Frage kommt, sondern in diesen beiden enthalten ist. Für den Beweis der behaupteten causa wird so lange der Beweis der äußern Erklärung über dieselbe genügen, bis die anfängliche Unmöglichkeit des Eintrittes entweder schon aus dem eignen Vorbringen des Klägers erhellt, oder vom Beklagten nachgewiesen wird; dann aber wird der Richter, wenn nicht Umstände hervor treten, welche einen Irrthum glaublich machen, den klägerischen Beweis der angeblich gewollten causa als durch jenes Moment noch nicht geführt erachten.

[5]) So Wächter a. a. O. A. M. Errleben a. a. O. S. 457 ff. Aber für die l. 5 C. de cond. ob c. dat. 4, 6, die übrigens gar nicht von einer eigentlichen condictio causa data causa non secuta, sondern von einer condictio ob iniustam causam zu handeln scheint, giebt Errleben selbst zu, daß (wenn man sie auf die erstere bezieht) man dort auch einen thatsächlichen Irrthum voraussetzen könne. Was dagegen Papin. l. 5, pr. §. 1 D. de cond. s. c. 12, 7 betrifft, so stimme ich allerdings Errleben darin bei, daß es sich um einen Rechtsirrthum der

Was nun die Beweislast betrifft, so versteht es sich von selbst, daß auch hier der Condicent die von ihm behauptete subjective causa nachzuweisen hat. Ueber die weitere Frage, ob der Kläger den Nichteintritt, oder der Beklagte den Eintritt der causa darzuthun habe, sind folgende Ansichten aufgestellt worden:

1) Der Kläger hat stäts den Nichteintritt nachzuweisen.[6])
2) Den Kläger trifft die Beweislast, mit Ausnahme der Fälle, wo er auch die actio praescriptis verbis auf die Gegenleistung anstellen könnte.[7])
3) Den Kläger trifft die Beweislast, mit Ausnahme der Fälle, wo die condictio bloß durch die Sinnesänderung des Gebers begründet werden kann. Daneben soll dann noch bei jeder exceptio doli gegen eine promissio ob causam futuram facta dem Stipulator der Beweis obliegen.[8])
4) Der Beklagte hat stets den Eintritt zu beweisen.[9])

Geberin handeln muß, die ihren Oheim, ihren Stiefsohn, ihren Schwiegervater heirathen wollte und ihm deshalb eine Dos gab. Der Fall des princ. (Oheim) macht aber dennoch gar keine Schwierigkeit; denn es handelt sich um einen incestus iuris civilis, und ein hierauf bezüglicher Rechtsirrthum einer Frau war entschieden ein entschuldbarer. In der That liegt nun aber in dieser letztern Beziehung für die beiden Fälle des §. 1 die Sache nicht anders. Denn bis auf Leo's l. 13 C. de iur. et f. ign. 1, 18 galt eben, wo überhaupt der Irrthum privatrechtliche Wirkungen hatte, jeder Rechtsirrthum einer Frau als entschuldbar, also auch der einen incestus iuris gentium betreffende. Hiermit haben zunächst Nichts zu thun die strafrechtlichen Sätze, daß zum Thatbestande des Vergehens regelmäßig die Kenntniß des verbietenden Rechtssatzes nicht gehört, daß aber in Bezug auf gewisse Vergehen, unter denen eben der incestus iuris gentium nicht ist, von dieser Regel zu Gunsten der Frauen (wie der Minderjährigen und der ganz rohen, ungebildeten Menschen) Ausnahmen stattfinden. S. Savigny, System, Bd. 3, S. 432 ff., vgl. mit S. 430 f. Eine Vermischung dieser beiden verschiedenen Fragen, wie sich Errleben ihrer schuldig macht, liegt allerdings nahe, und eben deshalb sagt Papinianus: „cessare condictio prima facie videtur, quoniam iure gentium incestum committitur"; aber gerade aus diesen Worten geht hervor, daß hier die Unentschuldbarkeit des Irrthums, die nur freilich bei genauerer Erwägung verneint werden muß, die Condiction ausschließen würde.

[6]) OAG. zu Lübeck im J. 1835, bei Thöl, Entscheidungsgründe, No. 67, und im J. 1843, in der Hamb. Samml. Bd. 1, S. 74. Thöl, Handelsr. Bd. 1. Aufl. 3. §. 85, S. 358. Wetzell, System des Civilpr. §. 16, S. 94. Brinz, Pandekten, Abth. 1, § 97, S. 411.

[7]) Bethmann-Hollweg, Versuche, No. 5, S. 341 f.

[8]) Errleben, die Cond. c. s. Th. 2, S. 499 ff.

[9]) Heffter, in den Zusätzen zu Weber's Verbindl. zur Beweisführung,

Aus Dem, was ich oben[10]) über die Beweislast bei den condictiones sine causa überhaupt gesagt habe, geht schon hervor, daß ich mich principiell durchaus der ersten Ansicht anschließe. Die zweite erscheint wohl als die unhaltbarste von allen. Denn sobald man sich einmal klar gemacht hat, daß das Zusammentreffen von cond. c. d. c. n. s. und actio praescr. verbis bei demselben factischen Verhältnisse ganz zufällig, ja eigentlich sogar principiell nicht zu rechtfertigen ist, weil den beiden Klagen zwei widersprechende rechtliche Auffassungen des einen Verhältnisses zu Grunde liegen[11]), erscheint es als die reinste Willkür, davon die Beweislast bei der erstern Klage in der Weise abhängig zu machen, daß man eine Ausnahme von dem sonst als richtig erkannten Princip eintreten läßt.[12])

Zu den Anhängern der vierten Ansicht gehören übrigens nicht bloß Die, welche überhaupt bei jeder condictio sine causa dem Beklagten die fragliche Beweislast zutheilen (Windscheid, Bähr), sondern auch Solche, die bei den übrigen Condictionen für die klägerische Beweislast sind (Hefftter). Diesen gegenüber ist nur noch darauf hinzudeuten, daß für die condictio c. d. c. n. s. gar kein Grund vorliegt, sie anders zu behandeln, als die übrigen, verwandten Condictionen. Es ist eben eine völlig willkürliche Behauptung Hefftter's, daß hier das dare oportere des Beklagten schon durch die ursprüngliche datio auf einen künftigen Fall wesentlich und wirklich begründet sei, wenn nicht die causa futura eintrete[13]): gerade umgekehrt wird sein dare oportere erst dadurch begründet, daß die causa futura nicht eintritt.[14])

Was nun endlich die dritte von Errleben aufgestellte Ansicht betrifft, so geht sie, insofern sie die Fälle, wo die Sinnesänderung die Condiction begründet, von der Regel ausnimmt, im Resultate von der ersten, richtigen nur scheinbar ab. Denn es darf nicht vergessen werden, daß nach allgemeinen Grundsätzen vom Kläger,

---

Aufl. 3. S. 237. Windscheid, Voraussetzung, No. 117, S. 189 ff. Bähr, Anerkennung, §. 18, S. 64.

[10]) Abh. I. §. 3, bei Anm. 14 u. 15.

[11]) Vgl. Abh. I. §. 4, zwischen Anm. 21 u. 22.

[12]) L. 7 D. de praescr. v. 19, 5, auf welche B.-Hollweg sich beruft, enthält kein Wort über die Beweislast.

[13]) Aehnlich wie Hefftter spricht sich speciell über diese Condiction Bähr aus.

[14]) Vgl. Iul. l. 19, pr. D. de R. C. 12, 1: „Quum pecunia daretur, ut aliquid fieret, quamdiu in pendenti esset, an id futurum esset, cessabit obligatio. Quum

wenn er dargethan hat, daß sein Forderungsrecht einmal entstanden ist, nicht noch ein besonderer Beweis darüber verlangt werden kann, daß es auch noch fortdauert. War daher z. B. die Meinung der Parteien die, daß die Gegenleistung sofort erfolgen solle, so hat der Kläger seine Klage begründet, wenn er außer dieser Absicht der Parteien nur Das noch beweist, daß die Gegenleistung nicht sofort erfolgt ist, und er hat keineswegs nöthig, darzuthun, daß auch später die causa nicht eingetreten sei. Vollends wo er die Rückforderung durch bloße Sinnesänderung begründen kann, da scheint die Consequenz dahin zu führen, ihm praktisch den Beweis des Nichteintrittes ganz abzunehmen.

Ueber dieses s. g. Reurecht soll hier nur Folgendes bemerkt werden. Das Eintreten der causa kann u. A. auch dadurch verhindert werden, daß der Geber die ihm angebotene Gegenleistung nicht annimmt. In vielen Fällen kann durch dieses Verfahren die Handlung des Empfängers überhaupt verhindert werden, z. B. wo die Gegenleistung in einer Eigenthumsübertragung, oder in persönlichen Diensten bestehen soll. In manchen Fällen wird sie dadurch freilich nicht reell, aber doch insofern verhindert, als sie zugleich als eine Leistung an den Geber erscheinen soll: z. B. wenn ein Sklave freigelassen werden soll; denn Handlungen, die nicht in einer Vermögensübertragung an den andern Contrahenten bestehen, können nur dann als Gegenleistungen gedacht werden, wenn dieser sich für ihr Zustandekommen interessiert.[15]) Es ist nun eine bestrittene Frage, ob und inwiefern das in Bezug auf den Empfänger zufällige Ausbleiben der Gegenleistung gleich dem ihm zuzurechnenden den Geber zur Con-

---

vero certum esse coepisset futurum id non esse, obligabitur, qui accepisset: veluti si Titio decem dedero, ut Stichum intra Kalendas manumitteret, ante Kalendas nullam actionem habebo, post Kalendas ita demum agere potero, si manumissus non fuerit". Vgl. auch Erxleben, die Cond. s. c. Th. 2, S. 103 u. 118, und speciell über die Stelle des Julianus S. 112 f. u. S. 358. Daß in dieser das s. g. ius poenitendi gar nicht in Betracht gezogen ist, erklärt sich vermuthlich daraus, daß Julianus es nicht anerkannte; die l. 13, §. 1 D. de mort. c. don. 39, 6, wegen welcher Erxleben (S. 358) diesen Ausweg für unmöglich hält, spricht vielmehr gerade dafür; denn nicht Julianus redet dort von der Condiction wegen Sinnesänderung, sondern Marcellus in einer berichtigenden Note zu dem von dem erstern herrührenden princ., in welchem gleichfalls diese Condiction nicht berücksichtigt ist.

[15]) Vgl. Abh. I. §. 2, bei Anm. 19.

diction berechtige.[16]) Auf diese Frage beabsichtige ich hier nicht weiter einzugehen, als daß ich, wie Andere schon gethan haben[17]), darauf hinweise, daß gerade die condictio propter poenitentiam einen Fall darbietet, wo das zufällige Ausbleiben der Gegenleistung die Condiction erzeugt, und nicht etwa einen Ausnahmefall, wo ganz abgesehen vom Ausbleiben der Gegenleistung die Condiction entsteht.[18]) Freilich kann natürlich der Geber, wenn er es ruhig hat geschehen lassen, daß der Empfänger die *ohne des Gebers Mitwirkung mögliche* verabredete Gegenleistung vornahm, ohne demselben seine Sinnesänderung *anzuzeigen*, nicht mehr unter Berufung auf die letztere die Condiction anstellen, da es dem aequum et bonum widersprechen würde, den Empfänger auf solche Weise in Schaden zu bringen, und da ja auch eine rechtlich in Betracht kommende Willensänderung eine ausdrückliche oder stillschweigende *Willenserklärung* voraussetzt.[19]) Von der Anzeige der poenitentia an ist es aber zugleich für gewiß anzusehen, daß die verabredete Gegenleistung nicht eintreten wird, gerade so wie die Aufkündigung des Verlöbnisses es gewiß macht, daß die zukünftige Ehe, für welche eine Dos bestellt ist, nicht zu Stande kommen wird.[20]) Diese Anzeige kann nun unter Anderm auch durch die Klaganstellung selbst geschehen.[21]) Wenn nun der Geber *sofort* nach der Hingabe die condictio propter poenitentiam anstellt, so ist es unmittelbar gewiß, daß die causa nicht eingetreten ist, noch eintreten wird: und insofern ist in den Fällen, wo wirksame poenitentia stattfindet, die cond. c. d. c. n. s. mit der Hingabe ohne Weiteres erworben, und es ist natürlich Sache des Beklagten, wenn er bei späterer wirklicher Anstellung der Klage behauptet, das

---

[16]) Ueber diese Controverse vgl. *Errleben* a. a. O §. 17, auch S. 516. *Bähr* a. a. O. S. 63 f.

[17]) Vgl. *Errleben* a. a. O. §. 7, auch S. 374 f. *Bähr* am eben angef. O. *Brinz*, Pandekten, Abth. 1, §. 97, S. 409 f.

[18]) Da in diesem Puncte mit vielen Andern *Windscheid* entgegengesetzter Ansicht ist, so dehnt er (Voraussetzung, No. 103, S. 165) seine oben (§. 4, Anm. 17) erwähnte Vertheidigung des Zusammenbestehens von actio praescr. verbis und cond. c. d. c. n. s. auf die condictio ob poenitentiam nicht aus.

[19]) L. 5, §§. 1. 2 D. de cond. c. d. c. n. s. 12, 4.

[20]) L. 21 D de I. D. 23, 3.

[21]) L. 3, §. 3 D. de cond. c. d. c. n. s. 12, 4: „Si nondum tempus (sc. manumissioni constitutum) praeteriit, inhibenda erit repetitio, *nisi poeniteat*."

Forderungsrecht sei dem Kläger inzwischen durch res secuta wieder verloren gegangen, Dies nachzuweisen.

Wenn ich also so weit, wenigstens im Resultate, der von Errleben aufgestellten Ansicht zustimme, so sehe ich dagegen keinen Grund, weshalb, auch außer dem eben besprochenen Falle der Sinnesänderung, da, wo es sich um Anfechtung einer ob causam futuram geschehenen Stipulation nicht mittelst condictio, sondern mittelst exceptio doli handelt, nicht der Excipient den Nichteintritt, sondern der Kläger den Eintritt der causa sollte nachweisen müssen. Errleben behauptet (S. 503), man müsse die Absicht des Promissors hier so auslegen, als habe er die Erfüllung seines Versprechens von dem wirklichen Eintritte jenes Ereignisses abhängig gedacht; denn sonst würde er den versprochenen Gegenstand selbst dem Andern unmittelbar übergeben haben. Dieses letzte Argument ist aber völlig aus der Luft gegriffen: wenn es richtig wäre, so wäre auch eine (unbedingte) Schenkung durch Stipulation, statt durch unmittelbares Hingeben, praktisch undenkbar, da der Schenker gewiß die Erfüllung seines Versprechens nicht von dem Eintritte irgend eines Ereignisses abhängig denkt. Wer ein von einem andern Ereignisse abhängiges Versprechen geben will, der geht eben überhaupt nicht eine unbedingte, sondern eine entweder dem Wortlaute nach bedingt gefaßte, oder durch pactum adiectum bedingt gemachte[22]) Stipulation ein. Haben wir aber einmal keinen Grund, hier ein solches ipso iure wirkendes pactum anzunehmen, so kann derselbe Erfolg gewiß noch viel weniger durch die prätorische exc. doli erreicht werden. Analoge Anwendung findet hier Alles, was in dieser Beziehung oben[23]) gegen die (noch viel weiter gehende) Gneist'sche Lehre von der Beweislast bei der exceptio doli gesagt ist. Wer sich excipiendo auf einen dolus beruft, muß ihn eben beweisen, und kann Dies nicht schon durch Berufung darauf, daß er dem Kläger unter Voraussetzung irgend einer künftigen Gegenleistung versprochen habe, und daß der Kläger nun klage, ohne den Eintritt dieser causa zu beweisen. Der dolus kann nur darin liegen, daß der Kläger klagt, ohne daß sie eingetreten ist: und wer in der letztern Beziehung beweispflichtig sei, ist hier nach denselben Erwägungen zu entscheiden, wie bei der condictio causa data causa non secuta.

[22]) Vgl. Abh. I. §. 2, bei Note 1.

[23]) Abh. I. §. 3, zwischen Anm. 16 u. 17.

Ich wende mich jetzt wieder zu dem besondern Falle einer in Erwartung der Geldzahlung abgeschlossenen Stipulation, um die eben gewonnenen Ergebnisse auf sie anzuwenden. Zunächst steht fest, daß condictio und exceptio hinsichtlich der Beweislast auch hier gleich zu behandeln sind. Ferner wird im Zweifel die Meinung der Parteien die gewesen sein, daß die Geldzahlung alsbald erfolgen solle, und der Kläger wird daher in der Regel jedenfalls nur nachzuweisen haben, daß ihm innerhalb der Frist, wo es angemessener Weise hätte erwartet werden dürfen, das Geld nicht ausgezahlt sei, so daß eine etwa vom Beklagten behauptete spätere Auszahlung für diesen Aufgabe des Beweises sein würde. Es fragt sich nun aber, ob nicht der Kläger selbst insoweit vom Beweise der Nichtzahlung frei sein muß, und ob nicht vielmehr unser Fall zu denen gehört, wo die bloße Sinnesänderung zur Condiction berechtigt.

Ich glaube diese Frage, ohne mich in eine Untersuchung des sehr bestrittenen Punctes einlassen zu müssen, wie weit *im Allgemeinen* diese Wirkung der bloßen Sinnesänderung reiche[24]), bejahen zu können. Denn in der Natur der ob rem datio an sich liegt es gewiß zunächst begründet, daß re non secuta, gleichviel wodurch der Eintritt verhindert ist, die geschehene Vermögensübertragung wieder aufgehoben werde. Es bedarf immer erst einer besondern erweiternden Auslegung der Willenserklärung der Parteien — die allerdings vielleicht eine weit ausgedehnte Anwendung verdienen mag —, um zu dem Ergebnisse zu gelangen, daß ein zufälliges, oder wenigstens ein durch die eigne Sinnesänderung des Gebers herbeigeführtes Ausbleiben der Gegenleistung der wirklichen Gegenleistung gleich zu achten sei. Eine solche Auslegung wird aber immer in ihrem letzten Grunde darauf mitberuhen, daß der Empfänger an dem Zustandekommen des ganzen Geschäftes, wodurch ihm die Leistung zu Theil geworden ist, ein selbständig anregendes Interesse gehabt habe, mit andern Worten, daß es sich, ökonomisch betrachtet, um ein tauschartiges Geschäft handle. Wenn nun, was nicht zweifelhaft ist, irgend welche der hierher gehörigen Geschäfte quellenmäßig dieser Auffassung *nicht* unterliegen, so kann sie gewiß am wenigsten in unserm Falle angewandt werden, wo der Stipulator offenbar an seiner Forderung nicht ein Vermögensstück gewonnen hat, dessen Erwerb an sich ihm

---

[24]) Vgl. *Erxleben* a. a. O. §. 13, u. §. 16, S. 354–386.

eine gleiche Summe baaren Geldes werth gewesen wäre, sondern nur ein Mittel, um sein Geld, welches er nun einmal dem Andern leihen wollte, später wieder zu erlangen. Nirgends findet daher die condictio propter poenitentiam eine so unbedenkliche Anwendung, wie gerade hier. Der Promissor braucht das Darlehen schon im nächsten Augenblicke nach der Stipulation nicht mehr anzunehmen, und hat daher unmittelbar mit ihrem Abschlusse sowohl die cond. c. d. c. n. s., als auch die exc. doli erworben.[25]) Die letztere vorzüglich hat Paulus im Sinne, wenn er l. 30 D. de R. C. 12, 1 sagt:

„Qui pecuniam creditam accepturus spopondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo se ei obstringat."

Mit dem Ausspruche, daß der Promissor sich erst durch den Empfang des Geldes (wirksam) verpflichte, ist zugleich eine so gut wie ausdrückliche Entscheidung über die hier fragliche Beweislast zu Gunsten des Promissors gegeben. Zu einem ähnlichen Schlusse könnte man vielleicht auch die Worte benutzen, die Scävola in l. 6 D. de SC. Maced. 14, 6 vom gleichen Falle gebraucht: „quia expleta est numeratione substantia obligationis." Jedenfalls liegt der l. 4 D. qu. res pign. 20, 3 ganz derselbe Gedanke, wie der l. 30 cit. zu Grunde. Dort entscheidet Paulus in einem Falle, wo gleichzeitig mit der vorauf gegangenen Stipulation eine Pfandbestellung geschehen ist, daß das Pfandrecht erst von der später erfolgten Geldzahlung an zu datieren sei, da es in der Macht des Schuldners gestanden hätte, nach der Stipulation das Geld nicht anzunehmen (d. h. dadurch das Zustandekommen einer wirksamen Obligation zu verhindern). Es wird also geradezu auf unsern Fall die Regel angewandt, die Africanus in l. 9, §. 1 D. qui pot. in pign. 20, 4 für bedingte Obligationen aufstellt, daß der Eintritt der Bedingung für das Pfandrecht dann keine rückwirkende Kraft habe, wenn die Bedingung von der Art sei, daß sie ohne den Willen des Schuldners nicht eintreten könne.[26]) Materiell bringt es auch in der That die

---

[25]) Vgl. Erxleben a. a. O. S. 172. 179—181. Mit der dort gegebenen Begründung bin ich freilich nicht in allen Puncten einverstanden.

[26]) Vielleicht gehört auch l. 11, pr. eod. hierher; wahrscheinlich setzt jedoch Gajus hier keine Stipulation voraus, sondern ein einfaches Darlehen, so daß es sich also um eine (bedingte) Pfandbestellung für eine futura obligatio handeln würde. Vgl. Huschke, in der Zeitschrift f. Civilr. u. Pr. Bd. 20, S. 153 f., der aber mit Unrecht auch unsern Fall der Stipulation ob causam futuram, wo

exc. doli dahin, daß die formell pure abgeschlossene Stipulation, sobald die erwartete Geldzahlung als causa vom Excipienten nachgewiesen, oder vom Kläger zugestanden ist, wie eine durch die Geldzahlung bedingte behandelt wird.

Nur beiläufig soll hier darauf hingewiesen werden, daß die hier für die exc. doli ermittelte Vertheilung der Beweislast ganz die nämliche ist, zu der wir oben (S. 200) unter der Annahme gelangt sind, daß der Einwand des Promissors auch als eine in die Compensationseinrede verwandelte actio praescriptis verbis aufgefaßt werden könnte.

§. 7.

Die exceptio non numeratae pecuniae gegen Klagen aus Formalcontracten.

In allen den in §§. 4—6 besprochenen Fällen mußte es natürlich möglich sein, die exc. doli durch eine in factum concipierte exceptio zu ersetzen. Diese hatte anzugeben, daß der Stipulation, aus welcher geklagt werde, nach dem Willen der Contrahenten ein bestimmter Rechtsgrund unterliegen solle, daß aber dieser Rechtsgrund objectiv nicht vorhanden sei: also entweder daß die Stipulation sich (novierend oder bestärkend) an eine bestehende Obligation (Darlehnsobligation) habe anlehnen sollen, diese aber in Wahrheit nicht bestanden habe, oder daß sie unter der Voraussetzung einer vorhergegangenen, gleichzeitigen, oder noch erwarteten Geldzahlung stattgefunden habe, das Geld aber in Wahrheit nicht gezahlt sei. Hieraus geht denn hervor, daß der Name exceptio non numeratae pecuniae, wo eine irrthümlich geschehene promissio indebiti behauptet ward, für die exc. in factum nicht anwendbar war, da die Namen der Römischen Klagen, Exceptionen u. s. w. stäts aus dem Wortlaute der Formeln entnommen waren. Daher sagt auch ausdrücklich Alex. l. 5 C. h. t.:

---

also die Obligation nur civiliter praesens, nach prätorischem Recht (oder, wie Huschke sagt, naturaliter) aber futura sei, so auffaßt; denn auch nach prätorischem Rechte darf man eine solche Obligation doch höchstens als bedingte (aber gegenwärtige) ansehen, damit der fraglichen Stipulation nicht gar geringere Bedeutung zukomme, als einer von vorn herein (civiliter) auf die Bedingung der Geldzahlung gestellten.

„Ignorare autem non debes, non numeratae pecuniae exceptionem ibi locum habere, ubi quasi credita pecunia petitur. Quum autem ex praecedente causa debiti in chirographum quantitas redigitur, non requiritur, an tunc, quum cavebatur, numerata sit, sed an iusta causa debiti praecesserit."

Die Worte: „ubi quasi credita pecunia petitur", können hier nicht von einer Behauptung des Klägers, das Geld sei „credita", verstanden werden.[1]) Denn der Kläger hatte zur Begründung seiner Klage weiter Nichts anzuführen, als daß er sich das Geld stipuliert habe, und wenn eine hierauf gestützte Klage angestellt war, mußte der Beklagte natürlich in jedem Falle processualisch das Recht haben, die Exception zu opponieren, daß die Voraussetzung, auf welche hin nach *seiner*, des Beklagten, von ihm zu erweisenden Behauptung die Stipulation abgeschlossen sei, ermangele.[2]) Daher kann der Kaiser hier nur eine Voraussetzung angeben wollen, ohne welche der Beklagte *materiell* nicht das Recht habe, diese bestimmte Exception zu opponieren, deren Existenz er also, um gerade *diese* Exception gebrauchen zu können, behaupten muß, und zwar dahin: es muß Geld eingeklagt werden, welches (in Wirklichkeit) „quasi credita" *ist*. Aus dem Gegensatze der „praecedens causa", worunter hier, wie der Zusammenhang ergiebt, speciell eine schon bestehende *Obligation* zu verstehen ist („an iusta causa *debiti* praecesserit"), folgt, daß wir bei dem „quasi credita" an Fälle zu denken haben, wo die Stipulation unmittelbar gegen die (sei es wirkliche, sei es vermeintliche oder noch erwartete) Geldzahlung selbst ausgetauscht ist.[3]) Eine zugleich kurze und ganz treffende Bezeichnung für diese Fälle mochte schwer zu finden sein; die angewendete erklärt sich, wenn man *credita pecunia* in der engern Bedeutung, für ein eigentliches Darlehen nimmt, und dann bedenkt, daß die Stipulation hier materiell, aber nicht formell eine reine Darlehnsobligation begründete.

[1]) Dies gegen *Gneist* a. a. O. S. 297. — Dagegen beziehe ich mich auf ihn (S. 295) für die Bedeutung von *chirographum* = *Stipulationsurkunde*.

[2]) An den weitern Sinn von *credita pecunia*, wonach es u. A. auch jedes aus einer unbedingten Stipulation geschuldete Geld bedeutet (vgl. Abh. I. §. 3, Anm. 24), ist hier natürlich gar nicht zu denken.

[3]) So sind auch die Ausdrücke zu verstehen: „an *tunc, quum cavebatur*, numerata sit", die offenbar nicht auf eine völlig gleichzeitige Geldzahlung zu beschränken sind.

Somit haben wir also bei der Bezeichnung exc. n. n. p. nicht an die Einrede Desjenigen zu denken, welcher behauptet, er habe, im technischen Sinne des Wortes, indebite promittiert.

Aus Dem, was oben über den nothwendigen Inhalt der hier besprochenen exceptio in factum angeführt ist, ergiebt sich ferner, daß in der Formel der exc. n. n. p. mehr gestanden haben muß, als etwa: „extra quam si ea pecunia (nämlich die in der Formel der condictio certi genannte Geldsumme) ab A° A° N° N° non numerata est", oder: „extra quam si eam pecuniam A^s A^s N° N° non numeravit". Es mußte vielmehr aus der Formel auch ersichtlich sein, warum denn die Nichtzahlung des Geldes die Klage aus der Stipulation unwirksam machen solle, was sich doch gewiß nicht bei jeder Stipulation einer bestimmten Geldsumme von selbst versteht. Wenn daher der Scholiast Stephanos die Formel der exc. n. n. p. dahin anzugeben scheint: „*ἀλλ' εἰ μὴ οὐκ ἀπηριθμήθη μοι τὰ νομίσματα*"[4]), so kann man bei genauerer Ueberlegung, wie es auch der Zusammenhang vollständig erlaubt, darin eben nur einen Bestandtheil der Formel erblicken; sonst würden auf Jeden, der die exc. n. n. p. vorschützt, leicht die weitern Worte des Scholiasten passen: „*οὐ γὰρ ἔδει αὐτῷ ἀπαριθμηθῆναι*". Für den Fall, wo der Beklagte behauptet, die Stipulation sei in Erwartung der Geldzahlung abgeschlossen, haben wir die Formel für die exc. n. n. p. in der That vollständig in den Worten, mit denen G. 4, 116 (s. S. 207) die factische Unterlage der exc. doli bezeichnet. Danach würde sie so lauten: „si non eam pecuniam A^s A^s a N° N° stipulatus est tamquam credendi causa numeraturus, neque numeravit". Man könnte auch aus l. 2, §. 3 D. de doli exc. 44, 4 etwa folgende Formel entnehmen: „si non eam pecuniam crediturus A^s A^s a N° N° stipulatus est, neque credidit". Ganz ähnliche Formeln wären für die Fälle denkbar, wo der Beklagte die irrthümliche Voraussetzung einer schon geschehenen oder gleichzeitigen Geldzahlung als Rechtsgrund der Stipulation behauptet. Dabei ist jedoch noch in Erwägung zu ziehen, daß solche Fälle gewiß selten gewesen sein werden; denn wo man sich schon einen irgendwie längern Zeitraum als seit der Zahlung ver-

---

[4]) Ad l. 29 D. mand. 17, 1 (Bas. ed. Heimb. tom. II. pg. 113). Daß Jemandem die exc. n. n. p. abzusprechen sei, wird hier damit begründet, er könne ja jene Worte nicht sprechen.

flossen dachte, wird man meistens die Stipulation als Novation oder Bestärkung einer Darlehnsobligation gewollt haben, so daß also die exc. indebiti promissi anzuwenden sein würde; in Bezug auf Das aber, was nahezu oder ganz gleichzeitig mit der Stipulation vorgegangen sein soll, wird man sich nicht leicht auf einen entschuldbaren Irrthum haben berufen können. So ist es leicht möglich, daß sich für diese seltenen Fälle kein bestimmtes Formular einer exc. in factum gebildet hatte, und man, wenn man in factum excipieren wollte, entweder sich einer allgemein auf den Mangel der causa gerichteten Formel bediente, oder sich für jeden einzeln Fall erst nach Umständen die Formel bildete: dieser Annahme steht wenigstens quellenmäßig um so weniger etwas entgegen, als wir nirgends eine Stelle besitzen, welche für diese Fälle die thatsächlichen Voraussetzungen der exc. doli in einer allgemein anwendbaren Weise charakterisierte, wie es für den Fall, wo die Geldzahlung noch erwartet wurde, in den angeführten G. 4, 116 u. l. 2, §. 3 D. de doli exc. geschieht.[5]) Auf diese Weise mag es sich erklären, daß unter exceptio non numeratae pecuniae in den Quellen nur die der cond. c. d. c. n. s. entsprechende exceptio verstanden wird: dieser Sprachgebrauch selbst ist nicht wohl zu bezweifeln. Denn in l. 3 u. l. 10 C. h. t. heißt es, daß der Kläger bei der exc. n. n. p. den Beweis der Zahlung zu führen habe, und es ist in den frühern Erörterungen dargelegt worden, daß Dies aus innern Gründen nur in dem Falle von ihm verlangt werden kann, wo eine noch erwartete Geldzahlung als causa der Stipulation vom Beklagten erwiesen ist. Die herrschende Lehre denkt hier freilich an ein singuläres Rechtsinstitut; so lange aber nicht andere Gründe zur Annahme eines solchen vorliegen, muß es jedenfalls erlaubt sein, lieber die Bedeutung der Worte exc. n. n. p. in einer völlig ungezwungenen Weise so festzustellen, daß wenigstens jene Stellen nicht zur Annahme einer Singularität nöthigen.

Directe Quellenzeugnisse, welche die Bedeutung der exc. n. n. p. ausdrücklich in dem eben besprochenen Sinne begrenzten, besitzen wir

[5]) In l. 1, §. 2 D. de slip. serv. 45, 3 scheint ein specieller, hierher gehöriger Fall angeführt zu werden, für den dort die exc. doli gegeben wird; doch ist es auch möglich, daß es sich dort, thatsächlich genommen, um eine exc. indebiti handelt, schwerlich aber, wie Gneist (S. 185) meint, um eine exceptio wegen erwarteter, aber nicht erfolgter Geldzahlung. Vielleicht gehört auch l. 2 C. de n. n. p. hierher; vgl. unten §. 16.

nicht. Aus Ulp. l. 29, pr. D. mand. 17, 1. l. 4, §. 16 D. de doli exc. 44, 4 und Antonin. l. 3 C. h. t. geht zunächst nur so Viel hervor, daß sie eine der exc. doli in Fällen, wo der Excipient sich auf die Nichtzahlung des Geldes berief, gleichstehende exc. in factum war. Doch darf wohl behauptet werden, daß wenigstens in l. 4, §. 16 cit. Ulpianus nur an einen Fall denkt, wo der Beklagte sich darauf stützt, daß die Stipulation in Erwartung der Geldzahlung abgeschlossen sei. L. 2 u. l. 4 D. de doli exc. machen nämlich offenbar eine zusammenhangende Stelle aus Ulpianus lib. LXXVI. ad Edictum aus, und wenn nun der Verfasser in l. 4, §. 16, wo er von der gegen Eltern und Patrone statt der exc. doli zu gebenden exc. in factum spricht, beispielsweise anführt: „ut, si forte pecunia non numerata dicatur, obiiciatur exceptio pecuniae non numeratae", so will er damit ohne Zweifel zurück verweisen auf den in l. 2, §. 3 in f. von ihm genauer bezeichneten Fall. Endlich sagt der Kaiser Alexander in l. 7 C. h. t. ausdrücklich, die exc. n. n. p. finde da statt, wo in Erwartung der Zahlung promittiert, aber kein Geld gezahlt sei, und ich habe diese Stelle nur deshalb nicht an die Spitze dieser ganzen Erörterung stellen mögen, weil durch ihren Wortlaut die exc. n. n. p. für andere Fälle nicht geradezu ausgeschlossen wird.

Das Ergebniß ist also: die exc. n. n. p. ist diejenige gegen eine Stipulationsklage vorgeschützte Exception, welche sich darauf stützt, daß der Kläger die eingeklagte Summe sich von dem Beklagten unter der Voraussetzung, er werde sie vom Kläger ausgezahlt erhalten, habe versprechen lassen, aber nachher nicht gezahlt habe. Diese Voraussetzung der Stipulation hat der Beklagte, die Zahlung, wenn er sie behauptet, der Kläger zu erweisen.

Es darf nun auch gar keine Verwunderung erregen, daß der Excipient hiernach für einen Theil seiner Formel, das „nec numeravit", jedes reellen Beweises überhoben ist. Dies findet nämlich auch in Bezug auf negative Condemnationsbedingungen in factum abgefaßter Klagformeln häufig statt. In der Formel der actio hypothecaria stand schon von vorn herein als negative Condemnationsbedingung: „si paret — — eamque pecuniam solutam non esse, neque eo nomine satisfactum esse, neque per A^m A^m stare, quominus solvatur" [6]), ohne

[6]) L. 13, §§. 4. 5 D. de pign. et hyp. 20, 1. l. 11, §. 4 D. qui pot. in pign. 20, 4. l. 49 D. de solut. 46, 3. l. 13, §. 1 D. ad SC. Vell. 16, 1. l. 59, pr. D. ad SC. Treb. 36, 1. l. 30, §. 1 D. de exc. r. iud. 44, 2. l. 19 C. de usur. 4, 32. l. 3 C. de luit. pign. 8, 31. l.

daß doch darum der Kläger, um die ihm verpfändete Sache zu erlangen, seine Nichtbefriedigung zu beweisen gehabt hätte.[7]) Ganz entsprechend verhält es sich mit der formula depositi in factum concepta, die wir bei G. 4, 47 lesen: „si paret A^m A^m apud N^m N^m mensam argenteam deposuisse, eamque dolo malo N^i N^i A^o A^o redditam non esse," und der Formel der actio de pecunia constituta: „si paret — — N^m N^m neque solvisse, neque fecisse, neque per A^m A^m stetisse, quominus fieret, quod constitutum est."[8]) Die Worte der letztern legt zwar Ulpianus in l. 16, §. 4 u. l. 18, §. 1 D. de pec. const. 13, 5 dahin aus, daß sie nur auf den Zeitpunct gehen, für den die Zahlung versprochen sei, so daß also, wenn der Beklagte den Kläger später befriedigt zu haben behauptet, eine besondere exceptio nöthig wäre[9]); aber es wird doch gewiß Niemand der Ansicht sein, daß dem Kläger auch nur für jenen Zeitpunct seine Nichtbefriedigung darzuthun obläge.

Es kommt bei dieser Sachlage nun auch wenig darauf an, ob in concreten Fällen die Formel der exceptio vielleicht wirklich nur in den Worten bestand: „extra quam si eam pecuniam A^s A^s N^o N^o non numeravit", oder vielleicht positiv gefaßt: „(si paret — —) eamque pecuniam ab A^o A^o N^o N^o numeratam esse". Denkbar wäre es nämlich wohl, daß die erste Hälfte der Formel dann weggelassen werden konnte, wenn der Kläger schon vor dem Prätor darüber mit dem Beklagten einig war, daß er auf die Stipulation noch habe Geld zahlen sollen, und nur behauptete, es nachher auch wirklich gezahlt zu haben. Jedenfalls hatte natürlich auch hier der Richter vom Kläger Beweis der Zahlung zu erwarten.

---

1 C. si pign. conv. 8, 33. Vgl. auch l. 1, pr. D. de migr. 43, 32. S. ferner Francke, civilist. Abh. No. 2, S. 103 ff. Huschke, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. Bd. 20, S. 168. Bachofen, Pfandrecht, Bd. 1, S. 47 ff. Keller, in den Krit. Jahrb. Bd. 22, S. 981 ff., und Röm. Civilpr. Aufl. 2, §. 33, S. 127. Brinz, Pandekten, Abth. 1, §. 85, S. 335.

[7]) Mit Unrecht macht daher Büchel, civilrechtl. Erörterungen, Bd. 1, S. 127 f., eben diese, mit der angegebenen Formelfassung gar nicht nothwendig verbundene Beweisvertheilung gegen die erstere geltend.

[8]) Vgl. Abh. I. §. 11, bei Anm. 31.

[9]) Paulus ist übrigens in l. 17 eod. über die Auslegung zweifelhaft und meint daher für den letztern Fall: „succurri reo aut exceptione, aut iusta interpretatione".

Es bedarf kaum der Erwähnung, daß die exc. n. n. p. (mit der selbstverständlichen Abweichung in der Formel) und die entsprechende exc. doli auch bei andern Formalcontracten vorkommen konnten.[10]) Wenn das nomen transcripticium wirklich, wie ich im §. 5 der ersten Abhandlung nachzuweisen gesucht habe, ein Formalcontract war, so ist auch hier die theoretische Möglichkeit der exc. n. n. p. nicht zu bezweifeln. Der Fall ist dieser: es stellt Jemand, nach der entsprechenden Eintragung auf der Einnahme-Seite, in seinem Hausbuche dem zukünftigen Schuldner mit dessen Einwilligung eine Summe in Ausgabe, um ihm später ein Darlehen von gleichem Betrage zu geben, welches, wenn er es ihm dann wirklich aus seiner Kasse gäbe, natürlich noch eine Eintragung, ein nomen arcarium, veranlassen würde. Im Verkehr wird ein solches Verfahren allerdings schwerlich gebräuchlich gewesen sein; doch lohnt es sich nicht der Mühe, hierauf des Weitern einzugehen.

Bei den syngraphae und chirographa der Peregrinen wird unsere exceptio dagegen ohne Zweifel eben so große praktische Bedeutung gehabt haben, wie bei der Römischen Stipulation. Hatte ein Peregrine geschrieben, „debere se", oder „daturum se", so war er ipso iure obligiert[11]), auch wenn er den Schuldschein in Erwartung eines dagegen zu erhaltenden Darlehens ausgestellt hatte. Bewies er dagegen als Excipient diese causa, so mußte der Kläger seinerseits die wirkliche Auszahlung nachweisen, und konnte sich natürlich zu diesem Zwecke nicht eines im Schuldscheine selbst außer jenen Worten etwa enthaltenen Empfangsbekenntnisses bedienen, da er ja eine *spätere* Auszahlung darzuthun hatte. Bestimmte Spuren solcher Fälle lassen sich in unsern Quellen nicht nachweisen; *möglich* wäre es immerhin, daß z. B. die l. 5 C. h. t. ein an einen Peregrinen gerichtetes Rescript gewesen wäre, und daß das „chirographum" in derselben ursprünglich die Literalobligation der Peregrinen bezeichnen sollte, obwohl die Stelle auch in ihrer ersten Bedeutung genau so gut von einer Stipulationsurkunde gesprochen haben kann.

---

[10]) Nur für das receptum der Argentarien ist Dies sehr zweifelhaft; vgl. Abh. I. §. 5 a. E.

[11]) Vgl. Abh. I. §. 6, Anm. 10—14.

§. 8.

Die Verjährung der exceptio non numeratae pecuniae und der entsprechenden condictio causa data causa non secuta.

Aus mehrern Constitutionen des Coder geht hervor, daß die exc. n. n. p. einer Verjährung unterlag.[1]) Zugleich war es, wie es bei der Verjährung einer exceptio als solcher, obgleich eine entsprechende condictio vorhanden war, nahe lag, dem Promissor möglich gemacht, durch Protestation innerhalb der Verjährungsfrist die exceptio zu perpetuieren.[2])

Es ist aus innern Gründen wahrscheinlich, daß diese Verjährung, natürlich in Verbindung mit der perpetuierenden Wirkung der Protestation, sich ganz gleichmäßig auf die entsprechende cond. c. d. c. n. s. bezogen habe. Was sich für ein praktisches Resultat ergeben würde, wenn die condictio der Verjährung nicht unterläge, ob es nach Ablauf der Frist darauf ankommen würde, wer zuerst klagte, der Stipulator auf Zahlung mit seiner Contractsklage, oder der Promissor auf Acceptilation mit der cond. c. d. c. n. s., oder ob der Promissor auch noch, nachdem er gezahlt, die gezahlte Summe als die aus der in natura nicht mehr rückgängig zu machenden Obligation herrührende Bereicherung des Stipulators würde condicieren können, will ich hier nicht weiter untersuchen. Jedenfalls widerspricht es dem Geiste des unter dem Einflusse des prätorischen Edictes gestalteten Römischen Rechtes, daß Jemand, der die eingeklagte Obligation vom Kläger selbst würde condicieren können, nicht auch aus diesem Grunde eine exceptio gegen ihn haben sollte: die exceptio

---

[1]) L. 8. 9. 10 C. h. t. l. 3 C. de postul. 2, 6.

[2]) S. auch hierfür die in Note 1 citierten Stellen. Am deutlichsten nennt die Protestation die l. 9 C. h. t. L. 8 u. 10 eod. haben dafür die allgemeineren Ausdrücke querimonia und querela; in l. 3 C. 2, 6 ist auf die Möglichkeit der Protestation zu beziehen: „nec temporis spatio gesto negotio consensum ac fidem accommodasti". Justinianus hat in l. 14, §. 4 C. h. t. (auch l. 21 C. de episc. aud. 1, 4) nur die Form der Protestation neu reguliert. Gut vergleichen Ofenbrüggen, zur Interpr. des C. i. civ. S. 32, und Gneist a. a. O. S. 60 mit dieser Protestation die von Justinianus in l. 2 C. de ann. exc. 7, 40 zur Unterbrechung der Klagverjährungen eingeführte, welche jedoch nur da anwendbar ist, wo die wirkliche Klaganstellung aus gewissen Gründen unthulich ist.

kann daher nur in der Weise eingeschränkt worden sein, daß eine gleichmäßige Einschränkung auch der entsprechenden condictio widerfuhr: oder, wenn man diese Fassung vorzieht: wenn auch die Verjährung ursprünglich nur als eine Verjährung der exc. n. n. p. gedacht sein sollte, so muß doch sofort auch gegen die cond. c. d. c. n. s. eine exceptio aus dem Grunde stattgefunden haben, weil Derjenige nicht condicieren dürfe, dessen Promission durch den Ablauf der Zeit eben so wirksam geworden sei, als wenn er das Geld wirklich empfangen hätte.[3]) Ganz unzweideutige Quellenbeweise sind jedoch für diesen Punct nicht beizubringen. L. 4 C. de cond. ex lege et s. c. 4, 9 (Diocl. et Maxim.) lautet:

„Si non est numeratum, quod velut accepturum[4]) te sumpsisse mutuo scripsisti, necdum transiisse tempus statutum, vel intra hunc diem habitam contestationem monstrando reddi cautionem praesidali notione postulare potes".

Für die vorliegende Frage kommt diese Stelle nur dann in Betracht, wenn wir, was vollkommen zulässig ist[5]), annehmen, daß die hier erwähnte „cautio" eine Stipulationsurkunde sei. Die Stelle ist dann aber deswegen nicht völlig beweisend, weil sie zunächst von einer Condiction auf Herausgabe der Urkunde („reddi cautionem") handelt, wie l. 2 eod., l. 25 C. de solut. 8, 43 und l. 2 C. Greg. si deb. persol. 4, 1. Man könnte nämlich sagen, daß die Urkunde, als Beweismittel, jedenfalls nicht mehr sine causa beim Stipulator sei (sei es ipso iure, oder ope exceptionis), wenn sie eine durch Exception nicht mehr zu überwindende Stipulation beweise, und daß insofern die Condiction der Urkunde als solcher mit Ablauf der Frist immer

---

[3]) Die letztere Auffassung setzt sich freilich darüber hinweg, daß, historisch genommen, ohne Zweifel die schon bestehenden Condictionen zur Begründung der Zulassung von entsprechenden Exceptionen gedient haben, und nicht umgekehrt.

[4]) Variante acceptum; ob vielleicht accepturus? — Wenn man accepturum liest, so kann Dies jedenfalls keine andere Bedeutung haben, als accepturus; es kann nicht, wie acceptum, als Inhalt der Urkunde verstanden werden, sondern nur als außerhalb der oratio obliqua stehende Apposition zu te.

[5]) Vgl. z. B. l. 1 C. de filiof. min. 2, 23. Hier wird anfangs der zu entscheidende Fall so charakterisiert: „quum mutuam pecuniam acciperes"; zum Schluß heißt es dann aber: „adversus eam cautionem in integrum restitutionem potuit postulare", was nur dann erträglich ist, wenn man unter cautio eine Stipulation versteht.

noch recht gut wegfallen könnte, wenn auch die Condiction der Obligation bestehen bliebe. Praktisch freilich wäre dann dieser Wegfall nicht von großer Wichtigkeit, weil ja der Promissor durch Condiction der Obligation nicht nur sich eben so sehr sichern, sondern auch geradezu bewirken könnte, daß nun die Urkunde sine causa beim Stipulator wäre, falls er sie noch behielte. Mit mehr Sicherheit, obwohl nicht völlig unbedenklich, darf jedenfalls l. 3 C. de postul. 2, 6 für die Verjährung der Condiction der Obligation selbst angeführt werden, wo das „cautionem interpositam usitato more condicere", welches dort von dem Nichtablaufe der Frist abhängig gemacht wird, gerade so gut die letztere Condiction, wie die der Urkunde bedeuten kann. Sei Dem, wie ihm wolle, ich glaube, daß die oben dargelegten innern Gründe einen stringenten Quellenbeweis für den fraglichen Satz entbehrlich machen.

Das ganze Institut der Anfechtung von Formalcontracten wegen erwarteter, aber nicht erfolgter Zahlung, mit dieser eigenthümlichen Verjährung, kann man nun recht wohl querela non numeratae pecuniae nennen, obwohl diese Bezeichnung als technische dafür wenigstens in der classischen Periode durchaus nicht vorkommt.[6])

Eingeführt ist jene ganz singuläre Verjährung durch Kaiserconstitutionen. Dies sagen die Justinianischen Institutionen ausdrücklich, im tit. de lit. oblig. Dort heißt es:

„Plane si quis debere se scripserit, quod ei numeratum non est, de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest; hoc enim saepissime constitutum est".

Ganz übereinstimmend ist der Bericht des Theophilos. Diese Ausdrucksweise deutet auf eine Einführung der Verjährung durch Rescripte.[7]) Die Zeit dieser Neuerung ist nicht mit Sicherheit zu bestimmen; nur ist gewiß, daß sie vor Alexander's im J. 228 erlassener l. 8 C. h. t. erfolgt sein muß, da sie in dieser schon als anerkannt vorausgesetzt wird. Daraus, daß die Verjährung in den ältern uns erhaltenen Rescripten, die von der exc. n. n. p. handeln,

---

[6]) In l. 4 C. h. t. bedeutet de non numerata pecunia querelam deferre eben nur irgend eine Anführung, das Geld sei nicht gezahlt. Vgl. Gneist a. a. O. S. 81.

[7]) So Bähr a. a. O. S. 312.

nicht erwähnt wird, folgt jedoch nicht, daß sie damals noch nicht bestand.[8]) Dagegen spricht einige Wahrscheinlichkeit dafür, daß sie erst eingeführt ist, nachdem Gajus und Ulpianus die mehrfach citierten Stellen (G. 4, 116. l. 2, §. 3 D. de doli exc.) geschrieben hatten, also, da Ulpianus sein Werk „ad Edictum" unter Caracalla schrieb, frühestens unter der Regierung dieses Kaisers.

Durch welche Erwägung die Einführung dieser Verjährung veranlaßt sei, wird uns nirgends ausdrücklich angegeben. Doch gewährt l. 10 C. h. t. einigen Anhalt. Diocletianus und Maximianus rescribieren dort, aus der Verjährung der exc. n. n. p. sei durchaus nicht zu folgern, daß auch die Einrede der Zahlung verjähren müsse; denn hier treffe den Beklagten die Beweislast, dort aber den Kläger. Das deutet darauf hin, daß man es hart gefunden hat, vom Stipulator noch nach langer Zeit den Beweis der nachträglichen Zahlung zu verlangen. Hiermit stimmt denn auch die Motivierung ganz überein, die in den Institutionen (tit. de lit. obl.) und bei Theophilos (ad l. c.) für die Fristverkürzung gegeben wird, welche Justinianus in Bezug auf diese Verjährung vorgenommen hat. In den Institutionen heißt es:

„Sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari, per constitutionem nostram tempus coartatum est, ut ultra biennii metas huiusmodi exceptio minime extendatur".

Und noch eingehender bei Theophilos:

„*Ἐπειδὴ δὲ τοῦτο δυσχερὲς ἦν τοῖς κρεδίτωρσιν, ὁ ἡμέτερος βασιλεὺς, ἵνα μὴ πολλοῦ παραδραμόντος χρόνου, τουτέστι τριετίας ἢ τετραετίας, μετὰ τοσοῦτον χρόνον οἱ κρεδίτωρες ἀπαιτούμενοι ἀποδεικνύειν, ὡς ὅτι ταῦτα ἀληθῆ ἐστί* (näml. *ὅτι ἀπηρίθμησαν*), *διὰ τὸ μῆκος τοῦ παρελθόντος χρόνου εἰς δυσχέρειαν τῶν ἀποδείξεων ἐμπίπτοιεν, καὶ ἐντεῦθεν τῶν οἰκείων στεροῖντο χρημάτων, διάταξιν ἐποίησεν, ἥτις τὴν πενταετίαν εἰς διετίαν περιέστησεν*".[9])

---

[8]) Unten werde ich es sogar wahrscheinlich machen, daß sie vor der l. 4 C. h. t., d. h., da diese von Caracalla ist, aber des Datums entbehrt, spätestens im J. 217, eingeführt ist.

[9]) Nach Reitz' Uebersetzung: „Quoniam autem hoc creditoribus difficile erat, Imperator noster, ut ne multo elapso tempore, id est triennio aut quadriennio, creditores post tantum temporis probare iussi, haec esse vera (näml. se numerasse), propter longitudinem elapsi temporis in difficultatem probationum incide-

Derselbe Grund, der hiernach Justinianus bei seiner Abkürzung der Frist geleitet hat, wird auch die erste Einführung derselben bewirkt haben. Zum richtigen Verständnisse führen dabei folgende Erwägungen.

Wer einen einseitigen Verpflichtungsact vornimmt, ehe er die Valuta dafür entgegen genommen hat, für dessen Verfahren liegt die Auffassung nahe, daß er sich in Bezug auf die erwartete Auszahlung lediglich auf die Redlichkeit seines Mitcontrahenten verlassen, dagegen diesen jeder möglichen Gefahr, die aus seinem eignen spätern unredlichen Ableugnen für denselben etwa entspringen könnte, überheben wolle. Ehe das Römische Recht einen Einfluß der causa auf die Wirksamkeit der Formalcontracte anerkannte, wurde jedenfalls diese Absicht, wo sie vorhanden war, aufs Vollständigste erreicht, ja noch Mehr, als hierfür nöthig gewesen wäre, da selbst jeder Beweis der Nichtzahlung bis zum Tage der Litiscontestation, den der Promissor etwa seinerseits hätte führen können, ihm nichts genützt hätte. Seitdem aber die Stipulation wegen objectiven Mangels der Causa angefochten werden konnte, war durch die Anwendung der oben entwickelten für die Beweislast maßgebenden Grundsätze wiederum jener Erfolg der Stipulation ganz unmöglich gemacht: und doch hätte er neben einiger Anerkennung des Einflusses des Rechtsgrundes immerhin noch fortbestehen können, wenn man diesen Einfluß darauf beschränkt hätte, dem Promissor den so eben erwähnten, oder doch den Beweis nachzulassen, daß die Zahlung zu rechter Zeit nicht stattgefunden habe, statt dem Stipulator, wohin allerdings, bei der Auffassung der Stipulation als leeren Formalactes, die juristische Consequenz wohl führte, den Beweis der Zahlung aufzuerlegen.[10]) Da das

---

rent, atque exinde pecuniis suis spoliarentur, constitutionem fecit, quae quinquennium intra biennium conclusit".

[10]) Zu vergleichen sind hiermit Fälle aus der heutigen Praxis, wo die Erklärung des Käufers, sich in Bezug auf vertragsmäßige Eigenschaften der Waare ohne eigne Untersuchung ganz auf die Redlichkeit des Verkäufers verlassen, resp. sich dessen Ehrenwort genügen lassen zu wollen, dazu geführt hat, dem Verkäufer den ihm sonst obliegenden Beweis der Empfangbarkeit abzunehmen und dem Käufer den entgegengesetzten Beweis aufzubürden. (Die Richtigkeit dieser Entscheidungen könnte freilich vielleicht bezweifelt werden.) Solche Fälle s. bei Thöl, Handelsr. Bd. 1, §. 85, Note 9, Aufl. 3, S. 361; der erste steht jetzt auch bei Thöl, Entscheidungsgründe des OAG. der vier fr. St. No. 70, S. 82 f.

positive Recht nun aber einmal in diesem Puncte eine andere Entwicklung genommen hatte, so war freilich der Gläubiger zunächst darauf angewiesen, wenn die Stipulation im Voraus vorgenommen wurde, in ihr keine besondere, ihn des Beweises der Geldzahlung überhebende Sicherheit mehr zu sehen und bei der nachherigen Auszahlung für Beweismittel zu sorgen, gerade so, wie er bei einem gewöhnlichen Darlehen dafür sorgen mußte, wenn er sicher gehen wollte. Aber gerade der Umstand, daß man in dem Verlangen des Beweises der nachträglichen Auszahlung eine Härte fand, belehrt uns nun darüber, daß im Leben diese der neueren Rechtsentwicklung angepaßte Auffassung nicht völlig zur Geltung kam, und daß man es für den Verkehr wünschenswerth fand, daß dem Gläubiger die Möglichkeit einer vorgängigen Beweissicherung bleibe. Diese war aber auch nicht durch ein im Voraus ausgestelltes Empfangsbekenntniß zu beschaffen, gleichviel ob dieses in der über die Stipulation etwa aufgenommenen, oder in einer andern Urkunde enthalten war. Denn gewiß darf ein solches Bekenntniß dann nicht zur Beweisführung benutzt werden, wenn feststeht, daß es in der Erwartung, dagegen noch Geld gezahlt zu erhalten, ausgestellt, diese Geldzahlung aber nachher nicht erfolgt ist.[11]) Der Richter konnte aber natürlich, wenn im Beweisverfahren ein schriftliches Geständniß in dieser Weise ob causam non secutam angefochten wurde, bei Bildung seiner Ueberzeugung nur nach denjenigen Regeln über die Beweislast verfahren, die, ohne zwingende gesetzliche Vorschrift, überhaupt als die logisch richtigen angesehen wurden: mit andern Worten, auch hier, wo offenbar als Veranlassung der Nichtzahlung gleichfalls die bloße Sinnesänderung des Ausstellers der Verschuldung des Stipulators gleichstand, mußte, wenn der Aussteller nur dargethan hatte, daß die Ausstellung in Erwartung einer Geldzahlung geschehen sei, so lange davon ausgegangen werden, daß die letztere nachher ausgeblieben sei, bis der Gegner das Gegentheil bewiesen hatte.

Nun darf man auch nicht etwa einwenden, der Beweis, daß die Geldzahlung noch erwartet worden sei, müsse, gegen eine Stipulation oder ein Empfangsbekenntniß gerichtet, dem Promissor oder Aussteller besonders schwer gefallen sein, so daß, wenn wirklich dieser Beweis

[11]) Manche werden wohl sogar die erstere dieser beiden Bedingungen schon allein für ausreichend halten; doch hiervon wird im §. 9 zu reden sein.

zur exc. n. n. p. erfordert worden sei, die Gefahr für den Gläubiger doch nicht so groß gewesen sein könne. Denn zuvörderst liegt gar kein Grund vor, diesen Beweis durchschnittlich für schwieriger zu halten, als den entsprechenden, welchen bei jeder cond. c. d. c. n. s. der Kläger zu führen hat. Da nun noch Niemand diese Klage wegen Schwierigkeit des Beweises für praktisch werthlos erklärt hat, so ist es eigentlich überflüssig, noch besonders auf einige mögliche Beweismittel des Promissors für die Voraussetzung der zukünftigen Geldzahlung aufmerksam zu machen. Doch will ich in dieser Richtung Einiges anführen. Diejenigen Zeugen, welche zum Zwecke des Beweises der Stipulation zugezogen waren, der tabellio, der die etwanige Urkunde aufgesetzt, die Zeugen, welche, wie es oft vorkam, sie mitunterschrieben hatten, konnten leicht über die dabei vorgefallene Unterredung Aussagen machen, aus welchen sich ergab, daß damals noch eine Geldzahlung dagegen geschehen sollte. Als Beklagter konnte der Promissor die Edition der Rechnungsbücher des Stipulators verlangen[12]) und aus ihnen den Nachweis führen, daß zur Zeit des Abschlusses der Stipulation ihm noch Nichts gezahlt sei, wodurch denn, wenn es etwa anderweitig feststand, daß das Geschäft, materiell aufgefaßt, ein Darlehen sein sollte, das Beweisthema hergestellt war. Die Eideszuschiebung erwähne ich deshalb nicht, weil es bestritten ist, ob sie in der classischen Zeit in iudicio üblich war. Jedenfalls war es möglich, durch Beibringung irgend welcher Indicien den Richter zur Auflegung eines Notheides zu veranlassen.[13]) Ein etwa in der Stipulationsurkunde enthaltenes Eingeständniß, daß diese Stipulation um eines schon früher, oder ganz gleichzeitig gegebenen Darlehens willen abgeschlossen sei, mußte in der Regel auch für den Gegenbeweis in Betreff der subjectiven causa ganz werthlos sein. Regel war es nämlich ohne Zweifel, daß Stipulation und Aufnahme der Stipulationsurkunde in einem Acte erfolgten: und in diesem Falle mußten dieselben Beweismittel, die den Beweis des Fundamentes der Condiction oder Exception herstellen konnten, zugleich auch für den Zweck gut sein, um jenes Geständniß aus dem ganz entsprechenden Grunde (durch Beweiseinrede, würden wir sagen) anzufechten.

---

[12]) Vgl. z. B. Alex. l. 5. 8 C. de ed. 2, 1.

[13]) Gai. l. 31 D. de iureiur. 12, 2. Diocl. et Maxim. l. 11 C. de sent. et interloc. 7, 45.

Was aber wichtiger ist, als alles Dies: es wäre, zumal da das persönliche Erscheinen der Parteien vor Gericht bei den Römern noch so häufig war, schon eine wunderliche Annahme, daß durchschnittlich jeder Römische Gläubiger, der sich unter Voraussetzung der spätern Geldzahlung hatte promittieren, resp. einen Empfangsschein ausstellen lassen, wenn über diesen Punct auf Anhalten des Gegners befragt, gelogen und dadurch die Nothwendigkeit eines Beweises überhaupt herbei geführt hätte: und noch verkehrter wäre es jedenfalls gewesen, die Wirkung eines Rechtssatzes nach der Seltenheit des Nachtheils, den er möglicher Weise den Lügenden, statt nach dem häufigen, welchen er den Aufrichtigen bringen konnte, zu bemessen.

Nach allem Angeführten ist es wenigstens erklärlich, wie diese aus Gründen der Billigkeit eingeführten Rechtsmittel, die exc. n. n. p. und die entsprechende Condiction, mit der nun einmal bei ihnen geltenden Beweisvertheilung dem Stipulator gegenüber als Unbilligkeit erscheinen konnten[14]), während es freilich unzweifelhaft eine noch entschiedenere Unbilligkeit gegen den Promissor eingeschlossen hätte, ihm für einen Fall, wo er wirklich Nichts erhalten hatte, jede Anfechtung der Stipulation abzuschneiden. Ein Ausweg wäre nun gewesen, die Beweislast zu Gunsten des Stipulators zu ändern; aber gerade ein solches Eingreifen in das Beweisrecht lag der Gesetzgebung der classischen Zeit möglichst fern. Daher verfiel man darauf, eine Zeit lang jene Rechtsmittel, wie sie waren, zu gewähren, sie nach Ablauf einer gewissen Frist aber ganz zu versagen. Ob dieser Mittelweg sehr sinnreich und sehr zweckmäßig war, darüber kann man verschiedener Ansicht sein. Folgendes ist sicher: vom Standpuncte eines unschuldig leidenden Stipulators aus war für die allerschlimmsten Fälle, nämlich wo, wegen Ablaufes einer geraumen Zeit, der Beweis der Auszahlung leicht am schwersten fallen konnte, gesorgt,

---

[14]) Daher heißt die exc. n. n. p. in l. un. §. 4 C. Th. si cert. pet. 2, 27 eine „cavillatio“ (nicht „cavillationis obstaculum“, wie Bähr, S. 311, Note 31, sagt; denn „ut cavillationis istius perdat obstaculum“ heißt: „so daß er — der Schuldner — das Hinderniß verliere, welches — nämlich für die Durchsetzung des klägerischen Anspruches — in dieser cavillatio liegt“). Cavillatio bedeutet Neckerei, Chicane, und hier offenbar einen chicaneusen Rechtsbehelf. Wunderbarer Weise übersetzt Bähr a. a. O. es durch Trugschluß, unter Berufung auf Iul. l. 65 D. de R. I., wo aber gar nicht die „cavillatio“ definiert, sondern die Natur derjenigen cavillatio, welche die Griechen σωρίτης nennen, beschrieben werden soll.

freilich nur kümmerlich; denn obwohl der Promissor, wenn er länger in seiner vortheilhaften Stellung bleiben wollte, den Stipulator wenigstens dicht vor Ablauf des „multum temporis“ durch eine Protestation daran erinnern mußte, so gut es augenblicklich vielleicht noch möglich war, für den Beweis zu sorgen, so war doch eben deshalb, weil der Promissor jene Absicht schon durch bloße Protestation erreichen konnte, der Vortheil, welchen die Neuerung dem Stipulator brachte, nicht so gar groß. Vom Standpuncte Derer aus, welche den Zustand, wie er vor Einführung dieser Verjährung war, principiell für den wünschenswerthen halten möchten, erscheint jedenfalls der Promissor *materiell* nicht erheblich in seinem Rechte beeinträchtigt; denn für ihn tritt, wegen der Möglichkeit der Protestation, der bei allen Verjährungen, die sich nicht in gar zu kurzer Frist vollenden, anwendbare Trostgrund ein, daß es ja bei ihm selbst steht, sich sein Recht durch rechtzeitiges Einschreiten zu wahren: woran sich zugleich, wenn er Dies unterlassen hat, die Vermuthung knüpft, daß er das Geld wohl in der That erhalten haben werde.

Die Erscheinung einer verjährbaren exceptio hat nun ohne Zweifel etwas höchst Anomales. Doch sind vielleicht einzele Analogien beizubringen. Die in fünf Jahren verjährende querela inofficiosi testamenti kann bekanntlich nicht nur als hereditatis petitio, sondern auch als contradictio (freilich nicht als eigentliche exceptio) vorkommen[15]); jedoch mag man es wohl fraglich nennen, ob sie in der That auch in dieser Eigenschaft verjährt; namentlich würde noch für den Bejahungsfall zu erörtern sein, was der Besitzer der Erbschaft, wenn er innerhalb des quinquennium nicht verklagt werde, zu thun habe, um sein Recht zu wahren, ob er auch so klagen könne, oder ob er erst den Besitz dem Testamentserben zu überlassen habe, oder ob endlich das Mittel der Protestation auch hier analoge Anwendung finde. Außerdem wüßte ich nur das *einjährige* beneficium competentiae anzuführen, welches *Huschke*[16]) wegen l. 6 C. de revoc. his, qu. in fr. 7, 75 Demjenigen zuschreibt, der vor seinem Concurse einem

[15]) L. 8, §. 13 D. de inoff. test. 5, 2. — Vgl. *Savigny*, System, Bd. 5, S. 423, der diesen Fall schlechtweg unter denjenigen aufführt, wo Klage und Exception neben einander bestehen, aber letztere nicht mit jener verjähre; vgl. ebendaselbst S. 424 ff. Doch möchte die eigenthümliche Natur der querela inofficiosi wohl eine abgesonderte Entscheidung dieses Falles verlangen.

[16]) Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. n. F. Bd. 14, S. 44 f.

Gläubiger novandi animo in diem post venditionem bonorum promittiert hat.

Um die durch jene Rescripte herbeigeführte Veränderung ganz zu übersehen, muß man die exc. doli in den Kreis der Betrachtung ziehen. Wer nicht an ein besonderes Beweisbeneficium des Namens exc. n. n. p. glaubt, Der muß sich nothwendig die Frage aufwerfen, woher es komme, daß der Name exc. doli für diesen speciellen Fall aus den Quellen seit Einführung der Verjährung ganz verschwindet. Das versteht sich von selbst, daß nicht neben der verjährbaren exc. n. n. p. eine materiell gleiche, aber unverjährbare exc. doli fortbestanden haben kann. Bähr[17]) beschränkt sich nun hinsichtlich jener Frage auf die Aeußerung, es sei eben wegen der Verjährung das Bedürfniß entstanden, diesen Fall von der exc. doli auszuscheiden, und daher sei hier die exceptio regelmäßig in factum concipiert worden. Wahrscheinlich schwebt ihm dabei dieser Gedanke vor: wenn der Beklagte in iure schlechthin die exc. doli vorschützte, so konnte der Magistrat ihr nicht gleich ansehen, ob er hier die Verjährung anzuwenden habe, oder nicht: es bedurfte daher erst einer Erörterung hierüber, welche dadurch zu vermeiden war, daß der Beklagte die exc. n. n. p. vorschützte. — Aber da es durchaus vom Beklagten abhing, welche der überhaupt formell zulässigen Exceptionen er vorschützen wollte, und er, wenn seine exceptio wirklich verjährt war, er nur daran ein Interesse hatte, Dies zu verdecken, so wäre aus jener Erwägung gerade umgekehrt abzuleiten, daß die exc. doli der exc. n. n. p. meistens vorgezogen sein müßte. Zudem ist nach dem Gange des Römischen Formularprocesses eine Erörterung in iure darüber, welche Thatsachen der exc. doli zu Grunde liegen, ganz undenkbar; denn da diese exceptio nicht zu denen gehörte, welche nur causa cognita ertheilt wurden, so kam sie ohne Weiteres in die Formel, wenn der Beklagte darauf antrug.[18]) Vielmehr verhält sich die Sache so. Mit der exc. n. n. p. ist zugleich

---

[17]) A. a. O. S. 313.

[18]) Worin sollte — wenn wir nicht unbekannte Rechtssätze für den Römischen Proceß erfinden wollen — die Einrichtung bestanden haben, um den Beklagten zu einer Erklärung darüber zu nöthigen, aus welchen Thatsachen er einen dolus vor dem iudex begründen wolle? Und ferner: wenn der Beklagte nun außer der non numerata pecunia noch andere Gründe für die exc. doli hatte, wie sollte dann in der Formel zwischen dem unverjährbaren und dem verjährbaren Fundamente derselben unterschieden sein?

die entsprechende exc. doli der Verjährung unterworfen worden. Schützte der ersteren gegenüber der Kläger Verjährung vor, so kam, wenn der Beklagte dieselbe in facto bestritt, eine betreffende Replik in die Formel; im entgegengesetzten Falle wurde die exc. n. n. p. denegiert. Wenn aber der Beklagte die exceptio doli wählte, so war an eine Replik der Verjährung schon um deswillen nicht zu denken, weil diese alle andern möglichen Fundamente der exc. doli mitbetroffen haben würde[19]); dagegen mußte offenbar die exc. doli dem iudex materiell unbegründet erscheinen, wenn der Beklagte sie lediglich statt einer schon verjährten exc. n. n. p. vorgeschützt hatte, da hier in der Anstellung der Klage ja eben gar kein Dolus gefunden werden konnte. Für die Proceßleitung waren also beide Exceptionen gleich bequem; für den Beklagten lag aber jetzt ein kleiner Vortheil darin, die exc. n. n. p., und nicht die exc. doli zu gebrauchen. Denn während letzterer gegenüber der Kläger mit der Anführung der Verjährung in iudicio immer noch früh genug kam, war er der erstern gegenüber, wenn er die Verjährung nicht schon in iure geltend gemacht hatte, damit ausgeschlossen, falls er nicht eine in integrum restitutio[20]) erlangte. So ist also das Vorwiegen der exc. n. n. p. in der Praxis leicht begreiflich. Zudem würde sich in manchen Stellen die ausschließliche Erwähnung der exc. n. n. p. schon daraus erklären, daß mit diesem Namen sofort auch auf die Verjährbarkeit hingewiesen ist, während es bei Nennung der exc. doli hierzu immer erst einer weitern Auseinandersetzung bedurft hätte.

Natürlich erschien die exc. doli wiederum fundiert, und die der exc. n. n. p. opponierte Replik der Verjährung wurde durch eine duplicatio doli entkräftet, wenn der Kläger eben die Verjährung selbst durch seinen Dolus herbei geführt, z. B. den Beklagten durch Vor-

---

[19]) Bei der cond. c. d. c. n. s. trat dieses Bedenken in Betreff der exceptio der Verjährung nicht ein; denn da die Condiction einer Obligation eine condictio incerti war, so hatte die Formel eine demonstratio, welche vermuthlich den behaupteten subjectiven Rechtsgrund speciell bezeichnete, also hier etwa: „quod N^s N^s ab A^o A^o centum stipulatus est tamquam credendi causa numeraturus, neque numeravit, qua de re agitur“.

[20]) Was aus G. 4, 125 und l. 2 C. sent. resc. 7, 50 für die peremptorischen Exceptionen zu entnehmen ist, hat ohne Zweifel auch für Replicationen zu gelten. Die vielfach verbreiteten Vorstellungen von der Leichtigkeit der in diesen Stellen erwähnten in int. rest. (vgl. z. B. Puchta, Institutionen, Bd. 2, §. 170, Anm. c.) möchten aber wohl übertrieben sein.

spiegelungen, er werde ihm das Geld noch geben, von der rechtzeitigen Protestation abgehalten, nachher das Geld aber dennoch nicht gezahlt hatte. Es fragt sich nun aber: konnte sich der Promissor in der eben bezeichneten Form der exceptio, oder etwa auch duplicatio (natürlich aber nicht in der der condictio) trotz der Verjährung auch schon insofern auf den Dolus des Stipulators berufen, als dieser klage, *ohne bis heute das Geld gegeben zu haben*, d. h. natürlich so, daß er den Beweis dieser fortdauernden Nichtzahlung, als des Fundamentes seiner Einwendung, übernahm? Diese Frage kann offenbar nur dann bejaht werden, wenn man diese exc. doli in ihrem ersten Fundamente schon verschieden denkt von derjenigen, welche sich einfach auf den objectiven Mangel der causa stützt; denn sonst würde die Antwort zutreffend sein, daß wer von dem Rechte Gebrauch macht, das ihm durch die Verjährung des gegnerischen Anspruches zusteht, nicht schon deshalb allein sich in dolo befinden kann.

Daraus, daß eine solche exc. doli in den Quellen nicht speciell erwähnt wird, wäre noch nicht sofort zu schließen, daß sie nicht möglich war; denn in ihrer praktischen Bedeutung unterscheidet sie sich zu Ungunsten des Beklagten so vollständig von der exc. n. n. p. und der dieser entsprechenden exc. doli, daß es gar nicht so nahe gelegen hätte, wo von dem Untergange der exc. n. n. p. durch Verjährung die Rede war, stäts dabei zu bemerken, daß der Beklagte dann wenigstens noch diese exc. doli behalte. So viel steht wenigstens fest, daß nirgends in den Quellen gesagt wird: wegen Nichtzahlung eines erwarteten Darlehens werde nach Ablauf der betreffenden Frist keine exc. doli mehr gegeben. Dennoch aber glaube ich nicht, daß eine solche exc. doli, wie die hier vorausgesetzte, nach Römischer Auffassung ein von dem der exc. n. n. p. verschiedenes Fundament hatte, und zwar deshalb nicht, weil auch letztere schon darauf beruhte, daß das Geld nach der Stipulation *überhaupt nicht* gezahlt sei. Es war lediglich ein beweisrechtlicher Satz, daß Dies bis auf Weiteres anzunehmen sei, wenn feststehe, daß die Exception im nächsten Augenblicke nach der Stipulation dem Promissor schon zugestanden habe.

In Betreff der Länge der Verjährungsfrist hat Bähr[21]), wie ich glaube, im Ganzen das Richtige getroffen. Der neue Rechtssatz wurde zunächst dahin gefaßt, daß die exc. n. n. p. „post multum

[21]) A. a. O. S. 312 f.

temporis", wie die Institutionen und Theophilos sagen, nicht mehr stattfinden solle. Sehr bald muß jedoch, nach der Natur der Sache, die Frist genau festgestanden haben, und auch in l. 8 C. h. t., in der freilich das „legibus definitum tempus" und „legitimum tempus" offenbar interpoliert ist, muß schon irgend ein bestimmter Zeitraum genannt gewesen sein. Wir wissen aus den Institutionen und aus l. 14, pr. C. h. t., daß die Frist vor Justinianus fünf Jahre betrug[22]), und die dortige Ausdrucksweise scheint darauf hinzudeuten, daß es von Anfang an so war. Wenn es dagegen in l. un. C. Herm. de cauta et n. n. p. (tit. 1) heißt:

„Exceptionem (Cod. ex cautione) non numeratae pecuniae non anni, sed quinquennii spatio deficere nuper censuimus",

so kann man Dies dann recht gut (mit Bähr) für ein Symptom des anfänglichen Schwankens halten, wenn das Rescript aus der allererſten Zeit nach Einführung der Zeitbeschränkung herrührt. Dies ist jedoch bei der Beschaffenheit der Inscription („Aurelius Alexio") und der Subscription („Scripta VII. Id. Apriles Sirmio Caes. A. Coss.") zweifelhaft, und wenn Gneist Recht hat, der die Constitution dem Diocletianus zuschreibt[23]), so muß man doch annehmen, daß die Frist anfangs, oder mindestens zwischendurch einmal bestimmt auf ein Jahr festgesetzt war. Wie Dem auch sein möge, treffend vergleicht Bähr Ulp. l. 1, §. 13 D. de separat. 42, 6:

„Quod dicitur, post multum temporis separationem impetrari non posse, ita erit accipiendum, ut ultra quinquennium — separatio non postuletur".[24])

§. 9.

Analoge Anwendungen der Verjährung der exceptio non numeratae pecuniae.

Es ist wohl anzunehmen, daß die Verjährung der querela n. n. p. analog angewandt wurde, wo nicht Geld, sondern andere fungible Sachen durch Stipulation oder peregrinisches chirographum ver-

[22]) Vgl. auch Lex Rom. Burg. tit. 31. Interpr. ad l. un. §. 4 C. Th. si cert. pet. 2, 27.

[23]) A. a. O. S. 16 f. S. 281. — Ein Argument Gneist's fällt jedenfalls weg. Er führt an, es sei ihm aus den Zeiten vor Diocletianus kein aus Sirmium datiertes Rescript bekannt; nun ist aber l. 2 C. de revoc. donat. 8, 56 von Probus aus Sirmium erlassen.

[24]) Dagegen Antonin. l. 1 C. de fideic. 6, 42: „— — per multum temporis, id est non minus in tali causa triennio, ea praestitisse".

sprochen waren. Einige äußere Unterstützung findet diese innerlich wahrscheinliche Annahme in dem Eingange der Justinianischen l. 14 C. h. t.:

„In contractibus, in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur, non intra quinquennium, quod antea constitutum erat, non numeratae pecuniae exceptionem obiicere possit, qui accepisse pecunias vel alias res scriptus sit", etc.

Justinianus spricht hier zwar von der exc. n. n. p. gegen Empfangsbekenntnisse, von welcher der Zeit des Formularprocesses nach meiner Ansicht Nichts bekannt war; aber er setzt dabei die Continuität der Entwicklung des so benannten Institutes voraus und spricht von dem quinquennium so, als ob es sich nie bloß auf die Fälle, wo es sich um Geld handelte, bezogen habe; auch haben wir keinen Anhaltspunct, um für irgend eine bestimmte spätere Zeit eine Uebertragung der Verjährung auf jene andern Fälle anzunehmen. Dazu kommt noch die Analogie des technischen Namens der actio de pecunia constituta, da nämlich von je her das Constitutum auf jegliche Art fungibler Sachen gerichtet sein konnte.[1]) Hiermit wären denn die Fälle der stipulatio ob causam futuram, wo materiell betrachtet ein Darlehen, oder etwa ein depositum irregulare vorlag, erschöpft. Ob nun aber jenes quinquennium auch da anzuwenden war, wo eine nicht fungible Sache in der Erwartung versprochen war,

---

[1]) Iustinian. l. 2, §. 1 C. de const. pec. 4, 18. Dagegen kommt kein Beispiel vor, daß Sachen jeder Art in derartigen Bezeichnungen unter pecunia mitbegriffen wären. Für das Constitutum hat eben erst Justinianus Dies eingeführt. G. 3, 124 sagt ausdrücklich: „appellatione autem pecuniae omnes res in ea lege (nämlich in der lex Cornelia) significantur", was darauf hindeutet, daß dieses Wort sonst nicht so gebraucht wurde. Ohne Zweifel bezieht sich auf dasselbe Gesetz die ähnliche Stelle des Hermogenianus in l. 222 D. de V. S.; denn libro II. Iuris Epitomarum handelte dieser Schriftsteller u. A. von der Bürgschaft, wie l. 64 D. de fideiuss. 46, 1 beweist. Auch Justinianus scheint l. c. auf jenes Gesetz und die Aeußerungen der alten Juristen über dasselbe anzuspielen, wie denn offenbar die l. 222 de V. S. eben darum in so allgemeiner Fassung in der Compilation steht, um auf Justinianus' Neuerung beim Constitutum bezogen werden zu können. Dies gegen Bähr, S. 317, Note 44. — Natürlich stand so wenig bei der exc. n. u. p., wie bei der actio de pecunia constituta in der Formel das Wort pecunia, sobald es sich um andere fungible Sachen handelte, und das „numerare" paßt gleichfalls nicht auf alle: eben daher sagt auch Justinianus in l. 14, pr. C. h. t: „pecuniae vel aliae res numeratae vel datae".

das Eigenthum derselben noch erst vom Stipulator (etwa fiduciae causa) übertragen zu erhalten? — Dies ist eine einestheils jetzt schwerlich entscheidbare, und anderntheils sehr unfruchtbare Frage, da praktisch solche Fälle wohl so gut wie nie vorkamen. Vollends das Versprechen der Zurückstellung einer noch erst zu commodierenden oder deponierenden Sache, in die Form einer unbedingten Stipulation gekleidet, ist kaum denkbar, und um so weniger ist es ersprießlich, hier die Frage nach der Anwendbarkeit jener Verjährung aufzuwerfen.

Auf der andern Seite fand wahrscheinlich nicht in jedem Fall, wo eine erwartete Geldzahlung die causa einer Stipulation bildete, die fünfjährige Frist für die entsprechende exceptio Anwendung. Denkbar ist jene causa ja auch z. B. bei der Stipulation domum aedificari und jeder andern; allein der Name exc. n. n. p. bezieht sich eben, wie es scheint, herkömmlich nur auf jene ganz bestimmte, in der Praxis höchst gebräuchliche Exceptionsformel, welche der condictio certi entgegen zu setzen war, nach welcher es sich also materiell nur um ein Versprechen der Rückzahlung der betreffenden Geldsumme handelte[2]); wenn Dies aber richtig ist, so ist eine analoge Ausdehnung auf Fälle, wo die Geldsumme materiell als Bezahlung für die versprochene Leistung erscheinen sollte, wegen der völligen innern Verschiedenheit derselben nicht anzunehmen.

Dagegen ist noch ein Fall zu erwägen, wo materiell die Rückzahlung zu gebenden Geldes (oder anderer Sachen) promittiert ist, ohne daß dieses Geschäft Darlehensnatur hat: nämlich wo das Geld einem Ehemanne oder Bräutigam in der Absicht gegeben werden soll, durch Bestellung einer Dos einen Beitrag zu den Kosten des ehelichen Lebens zu leisten. Ohne Zweifel wäre auch hier die exc. n. n. p. in einer etwas andern Fassung (z. B. „si non eam pecuniam — tamquam dotis causa numeraturus stipulatus est, neque numeravit") und die entsprechende condictio denkbar, und kein Grund vorhanden, die Verjährung auszuschließen. Nur scheinen solche Stipulationen ohne Erwähnung der Dos nicht gebräuchlich gewesen zu sein; viel natürlicher war eine Fassung, wie die in l. 56, pr. D. sol. matr. 24, 3: „si quo casu Titia tibi nupta esse desierit, dotem

---

[2]) Ein stringenter Beweis ist hierfür freilich aus den Quellen nicht zu erbringen.

dabis?“[3]) — und hier war dann die Klage ipso iure nicht begründet, wenn in Wirklichkeit keine Dos hingegeben war.[4])

Hiermit sind die Fälle, in denen für die Zeit des Formularprocesses eine exceptio non numeratae pecuniae denkbar ist, völlig erschöpft. Nothwendige Voraussetzung ist stäts ein ipso iure verbindlicher Formalcontract; einer analogen Einwendung, im Beweisverfahren gegen ein etwaniges schriftliches Empfangsbekenntniß erhoben, kann unmöglich derselbe technische Name zukommen, indem dieser auf eine in die Formel aufgenommene Ausnahme (vom Condemnationsbefehle) hindeutet: wenigstens wäre es die größte Willkür, von diesem uns sonst bekannten Sprachgebrauche der classischen Jurisprudenz

---

[3]) Auf eine solche Fassung (dotem restitui, dotem reddi, dotem dari oder dgl.) deuten viele Stellen, von denen ich beispielsweise nur l. 28 D. de pact. dot. 23, 4 anführe. Auch kennt Thalel. ad l. un. pr. C. de r. ux. act. 5, 13 (Bas. ed. Heimb. Tom. III. pg. 449) die fragliche Stipulation nur in dieser Fassung, als incerta. Eine certa stipulatio setzt jedoch vielleicht Tryphoninus voraus in l. 52 D. sol. matr. 24, 3: „Maritus dotem, quam non accepit, post divortium per errorem solvit: repetet, quia non numeratam caverat; exigi enim ab eo non potuit“. Die besondere Begründung, welche hier für die Zulässigkeit der condictio indebiti gegeben wird, läßt darauf schließen, daß eine civilrechtlich gültige Obligation vorlag, daß also bei dem „caverat“ an eine certa stipulatio zu denken ist, aus welcher aber wegen der peremptorischen exc. doli oder non numeratae pecuniae nicht hätte geklagt werden können.

[4]) Von den hier besprochenen verschieden sind die Fälle, wo die Dos vom Besteller zwar noch nicht gegeben, aber promissa oder dicta ist. Hier ist die Dos in der That schon bestellt; es kann aber gegen die Klage des Bestellers aus seiner etwanigen certa stipulatio eine Compensationseinrede aus seiner promissio oder dictio stattfinden. Obschon man auch hier, um diese Fälle materiell den andern gleichzustellen, zu einer analogen Anwendung der Verjährung geneigt sein möchte, so ist diese doch juristisch unmöglich, da die zur Compensation zu bringende Contractsklage aus dem Versprechen des Bestellers unstreitig perpetua ist. Ganz eben so beschaffen sind die Fälle, wo ein Quasiusufructuar, ehe die betreffenden fungibeln Sachen ihm wirklich hingegeben sind, die cautio ex Senatusconsulto geleistet, d. h. die Rückgabe der gleichen Summe versprochen, hat. Dieser promittiert nicht ob causam futuram, sondern um sofort eine wirksame Klage aus dem Acte, wodurch ihm der Quasiususfructus bestellt ist, zu haben: es kann daher auch hier nur von Compensation die Rede sein. Freilich ist es sogar noch zweifelhaft, ob nicht jene cautio stäts so lautete, daß sie als durch das wirkliche Hingeben der Sachen zum Quasiususfructus bedingt erschien; vgl. l. 9 D. de usufr. ear. rer. qu. usu 7, 5, wo sie „stipulatio de reddendo usufructu pecuniae“ heißt, und l. 10, §. 1 eod., wo von einem Zweifel die Rede ist, der nicht wohl entstehen konnte, wenn sie einfach auf „centum dari“ oder dgl. gefaßt war.

ohne zwingende Quellenstellen abzugehen.[5]) Nun ist an das Dasein solcher Stellen nicht von fern zu denken. Ueberall, wo in dieser Periode die exc. n. n. p. mit Namen erwähnt wird, liegt nicht der mindeste Grund vor, die Existenz einer Stipulation (oder etwa eines peregrinischen chirographum) nicht anzunehmen.[6]) Zwei Constitutionen scheinen allerdings auf die ähnliche Anfechtung einer einfachen Beweisurkunde dieselbe Verjährung anzuwenden, nämlich l. 5 C. si cert. pet. 4, 2 und l. 4 C. de cond. ex lege et s. c. 4, 9, beide von Diocletianus und Maximianus; aber jedenfalls gebrauchen sie für jene Anfechtung nicht die Bezeichnung exc. n. n. p.

Ob aber wirklich das quinquennium auch im Beweisverfahren in Bezug auf Empfangsbekenntnisse angewandt worden ist, bedarf noch einer besondern Untersuchung. Wie bald näher zu besprechen sein wird, findet im Justinianischen Recht unzweifelhaft der Name exc. n. n. p. mit der sich daran knüpfenden Verjährung Anwendung auf die Anfechtung schriftlicher Schuldbekenntnisse, welche in der Richtung geschieht, daß bei ihrer Ausstellung das verschriebene Object noch erst habe hingegeben werden sollen, aber sodann nicht hingegeben sei. Unter dieser Anfechtung verstehe ich aber nicht, wie die gemeine Lehre, eine bloße Behauptung, welche ohne Beweis wirkt, sondern, wie schon im §. 8, bei Note 11 angedeutet, eine nach Analogie der bei der condictio causa data causa non secuta geltenden Grundsätze zu beweisende Beweiseinrede. Sie stützt sich darauf, daß derjenige Producent dolos verfahre, dem der Product das Beweismittel des außergerichtlichen Geständnisses nur unter der Voraussetzung zur Verfügung gestellt habe, noch eine Leistung von Seiten des erstern dafür zu erhalten, und der dasselbe nun doch benutze, ohne diese Leistung vorgenommen zu haben.[7]) Man glaube nicht, daß die

---

[5]) Auch das §. 1, Anm. 1 angeführte Scholion des Thaleläos spricht hierfür, indem es zeigt, daß selbst zu Justinianus' Zeit ein weiterer Gebrauch von exceptio noch Anstoß erregen konnte.

[6]) Ich glaube, die Stellen in Folgendem vollständig zu geben: l. 29, pr. D. mand. 17, 1. l. 4, §. 16 D. de doli exc. 44, 4. l. 3 C. de postul. 2, 6. l. 4 C. ne fisc. vel resp. 2, 18. l. 3. (4.) 5. 6. 7. 8. 9 (hier exc. in factum). 10. 11. 12 C. h. t. l. un. C. Herm. de cauta et n. n. p.

[7]) Die Möglichkeit solcher auf den objectiven Mangel der causa gestützten Beweiseinreden gegen ein außergerichtliches Geständniß hängt mit der in Abh. I §. 11 besprochenen Vertragsnatur desselben zusammen. Auch eine der exc. indebiti entsprechende Beweiseinrede ist denkbar, aber, da sie sich vom directen Gegen-

erstere Hälfte dieser Behauptung, wenn als wahr erwiesen, allein schon ausreiche, um dem Geständniß die Beweiskraft zu entziehen, weil sie einen directen Gegenbeweis in sich schließe. Ein solcher liegt nur dann vor, wenn geradezu dargethan ist, daß die als geschehen anerkannte Leistung an dem im Geständnisse bezeichneten Orte, zu der darin angegebenen Zeit, oder, falls das Geständniß in dieser Beziehung unbestimmt lautet, zu keiner Zeit vor der Ablegung desselben stattgefunden habe. Dadurch aber, daß feststeht, es hätten nach Absicht der Parteien dem den Empfang von Hundert Bekennenden später Hundert gezahlt werden sollen, ist noch keineswegs mit Nothwendigkeit gegeben, daß der zugestandene Empfang von Hundert nicht vorgekommen sei. Der beabsichtigten nachträglichen Zahlung von Hundert steht in dieser Hinsicht jede andere beabsichtigte Leistung an den Bekennenden ganz gleich: das Geständniß wird durch den Beweis dieser causa weder widerlegt, noch die ihm an sich zukommende Beweiskraft erschüttert; es erscheint nur, möge es um die Wahrheit der dadurch bezeugten Thatsache stehen, wie es wolle, unerlaubt, daß der angebliche Gläubiger sich, *ohne daß jene causa objectiv eingetreten ist*, zum Beweise dieser Thatsache des Geständnisses bediene, gerade so gut, wie ein Zeuge trotz seiner größten Glaubwürdigkeit zu verwerfen sein würde, wenn der Producent etwa mit dem Producten einen Vertrag dahin abgeschlossen hätte, er wolle diese Person im Falle eines Processes nicht als Zeugen gegen denselben vorschlagen. In dieser Beziehung waltet kein Unterschied zwischen mündlichen und schriftlichen außergerichtlichen Geständnissen ob; nur kommt bei den letztern noch der verstärkende Umstand hinzu, daß die sie enthaltende Urkunde ja auch ob causam non secutam condiciert werden könnte. Was aber die Beweisvertheilung in Betreff des objectiven Eintrittes der causa betrifft, so mußte sie, wie gleichfalls schon im §. 8 erwähnt, in diesen Fällen offenbar eben so geregelt werden, wie bei der wahren exc. n. n. p., da ja kein Grund vorliegt, der bloßen Sinnesänderung hier eine geringere Wirksamkeit zuzuschreiben.

Diese aus der Natur der Sache sich ergebenden Sätze, welche hier in der Terminologie unsers heutigen Beweisrechtes vorgetragen

beweise nur dadurch unterscheidet, daß sie *außer* dem Beweise der Unwahrheit des Zugestandenen noch den Beweis des (entschuldbaren) Irrthums erfordert, nur da von Bedeutung, wo das Geständniß als *Gegenbeweismittel* benutzt wird; vgl. Abh. I. §. 4, bei Note 9.

sind, mußten im Wesentlichen auch schon zur Zeit des Formularprocesses angewandt werden, wenn auch das damalige Beweisrecht von dem Richter nicht ein so bewußtes Abwägen der einzeln Momente des Beweisverfahrens verlangen mochte. Man könnte nun meinen, daß hier als einzige Neuerung, welche in dem schon angedeuteten Justinianischen Rechtszustande vorläge, vielleicht die Uebertragung des Namens exc. n. n. p. auf die besprochene Beweiseinrede zu betrachten, die fragliche Verjährung selbst aber schon immer auf dieselbe anwendbar gewesen wäre. Es ist allerdings im höchsten Grade unwahrscheinlich, daß zur Zeit des Formularprocesses das sonst im Beweisverfahren waltende freie Ermessen des Richters durch eine hierauf bezügliche kaiserliche Verordnung direct beschränkt worden wäre. Dennoch könnte man sich eine solche Einschränkung auf indirectem Wege herbeigeführt denken. Es wäre nämlich nicht unmöglich, daß die fünfjährige Verjährung zunächst auf diejenige condictio causa data causa non secuta ausgedehnt wäre, welche ohne Zweifel Dem, welcher in Erwartung eines Darlehens dem zukünftigen Gläubiger eine darauf bezügliche Schuldverschreibung im Voraus hingegeben hat, im Falle des Ausbleibens des Darlehens, auf Rückgabe dieser Urkunde zusteht. Fand aber hier einmal diese Verjährung statt, so hätte vielleicht jeden Richter gerade sein vernünftiges Ermessen dazu führen können, nach gleicher Frist die ganz entsprechende Anfechtung der Urkunde als Beweismittels nicht mehr zuzulassen, da ja die Protestation jedenfalls ein einfaches Mittel abgab, dieses Anfechtungsrecht zu perpetuieren. Damit würden jene beiden Stellen, von welchen l. 4 C. 4, 9 sogar nur von der Condiction einer Urkunde spricht, wenn sie wirklich von einfachen Darlehnsscheinen handeln sollten, völlig erklärt sein. Wahrscheinlich ist mir jedoch ein solcher historischer Hergang nicht; eher möchte ich glauben, daß die besprochene Condiction eben nicht verjährte, da diese ganze Verjährung bei ihrer Einführung nach der Darstellung der Institutionen und des Theophilos, so wie nach einem Anklange in der l. 10 C. h. t. wesentlich als Verjährung der exc. n. n. p. gedacht, und nur folgeweise auf die dieser entsprechenden Condictionenfälle mitangewandt zu sein scheint.

Verwerfen wir also jene Ausdehnung der Verjährung für die hier fragliche Zeit, so bleibt für die Behandlung jener beiden Stellen noch ein doppelter Ausweg denkbar: entweder wir suchen sie unter

Voraussetzung eines Formalcontractes zu erklären, oder wir müssen sie für interpoliert halten.

Der erstere Ausweg ist bei der l. 4 C. 4, 9 vollkommen zulässig, wie im §. 8 schon erwähnt, wo diese Stelle unter der Voraussetzung besprochen ist, daß sie von der Condiction einer Stipulationsurkunde handle, und auch schon bemerkt ist, daß die Condiction einer solchen Urkunde ob causam non secutam jedenfalls von dem Augenblicke an wegfallen müsse, wo sie einen wirksamen, nicht mehr exceptivisch anzufechtenden oder zu condicierenden Verpflichtungsact beweist. Noch leichter könnte man bei dem Wortlaute der Stelle darauf verfallen, ein peregrinisches chirographum unter der „cautio" zu verstehen; jedoch bei der Seltenheit der Peregrinen in der Diocletianischen Zeit darf man wohl kaum auf diesem Wege Schwierigkeiten auszuweichen suchen. Aber wie gesagt, auch die Annahme einer Stipulation ist unbedenklich[8]); nur liegt sie allerdings nicht so nahe, wie bei den in Note 6 citierten Stellen. Und wenn Jemand es vorzöge, die Worte „necdum transiisse — monstrando" für ein emblema Triboniani zu erklären, so ist nicht abzusehen, welche positiven Gründe dieser Annahme entgegen gesetzt werden könnten.

Den letztern Weg hat für die l. 5 C. 4, 2 Bähr eingeschlagen. Diese lautet folgendermaßen:

„Si non singuli in solidum accepta mutua quantitate vel stipulanti creditori sponte vos obligastis, licet uni numerata sit pecunia, vel intercessionis nomine hanc pro rea suscepistis obligationem, frustra veremini, ne eius pecuniae nomine vos convenire possit, quam alii mutuo dedit, si intra praestitutum tempus rei gestae quaestionem detulistis. Ac multo magis inanem timorem geritis, si pro pecunia numerata oleum susceptum instrumento sit collatum, quum, si reddendi olei stipulatio nulla subiecta est, et huius rei est habita solemnis contestatio, in suo statu remanente eo, quod vere factum intercessit, ex olei accepti scriptura nihil deberi manifestum est".

---

[8]) Vgl. die in §. 8, Anm. 5 angef. l. 1 C. de filiof. min. 2, 23. An ein chirographum kann bei dieser Stelle gar nicht gedacht werden, da der Aussteller der „cautio" in väterlicher Gewalt, also Römischer Bürger war. S. auch l. 6 C. de compens. 4, 31, vgl. mit l. 1 C. rer. am. 5, 21, worauf Bähr, S. 315, Note 42, aufmerksam macht; doch ist in letzterer Stelle möglicher Weise ex stipulatu für e re uxoria interpoliert.

Auf den ersten Blick kann es einleuchtend scheinen, daß hier jedenfalls von einem einfachen, an sich nicht verpflichtenden Darlehnsschein ohne Stipulationsclausel die Rede sei. Bähr[9]), der von dieser Ansicht ausgeht, meint nun, daß die Worte: „et huius rei est habita solemnis contestatio", falls sie wirklich auf die Protestation intra quinquennium gingen — und ich wüßte nicht, worauf sie sich sonst beziehen könnten —, höchst wahrscheinlich im Sinne des Justinianischen Rechtes eingeschoben seien. Aeußerlich wird diese Annahme einigermaßen durch die Incorrectheit unterstützt, mit welcher das „huius rei" nicht etwa auf das Nächstliegende („si reddendi olei stip. nulla subi. est"), sondern auf irgend etwas aus dem ganzen frühern Zusammenhange zu Entnehmendes zurück deutet. Wie sich nun aber nach Bähr's Ansicht der Sinn der ganzen Stelle gestalten soll, ist mir nicht klar; ich glaube vielmehr, daß eine genauere Betrachtung derselben nur zu der Annahme führen kann, daß es sich hier um eine Stipulation handelt. Fassen wir zunächst den ersten Theil der Constitution (bis „rei gestae quaestionem detulistis") ins Auge. Der Inhalt derselben kann nach der ganzen Fassung unmöglich als ein hypothetisches Gerede der Kaiser über einen Fall betrachtet werden, von dem hier nach den Angaben der Anfragenden gar Nichts vorläge, so daß die eigentliche Entscheidung erst im zweiten Theile gegeben würde. Im ersten Theile rescribieren nun aber die Kaiser, daß die beiden Supplicanten, wenn sie nicht gewisse besondere rechtliche Handlungen vorgenommen haben, für ein Darlehen, welches Jemand einer Dritten gegeben habe, nicht haften. Da Dies an sich gar zu selbstverständlich zu sein scheint, so müssen natürlich die Supplicanten noch einen besondern Umstand angegeben haben, welcher eine entgegengesetzte Ansicht wenigstens ins Bereich des Möglichen rückt, und hierauf deutet auch die Beschränkung hin: „si intra praestitutum tempus r. g. qu. detulistis". Nun könnte allerdings, wer schon für die Diocletianische Zeit eine Uebertragung der Verjährung der exc. n. n. p. auf die entsprechende Beweiseinrede annähme, jenen Umstand auch darein setzen, daß, wie es in l. 14 C. eod. vorkommt, die Supplicanten, sei es zusammen mit der Empfängerin selbst, sei es ohne dieselbe, einen einfachen Schuldschein über das betreffende Darlehen, welches *sie* nicht empfangen haben, ausgestellt hätten. Es steht aber

[9]) A. a. O. S. 315 f.

auch gar Nichts im Wege, vorläufig an der oben erkannten Natur der exc. n. n. p. festzuhalten und vorauszusetzen, daß die beiden Supplicanten und die „rea“ gemeinschaftlich jeder eine gleiche Summe dem Gläubiger promittiert hatten, in der Erwartung, sie als Darlehen zu erhalten. Diese Annahme einer Stipulation wird nun aber sogar nothwendig, wenn wir den zweiten Theil der Stelle berücksichtigen. Aus demselben ersehen wir zunächst, daß es sich hier um ein „instrumentum“, also um eine Urkunde handelt; aber in Bezug auf das Oel soll ein „multo magis“[10]) des Nichthaftens stattfinden, als in Bezug auf das Geld, was nur den Sinn haben kann, daß letzteres zwar ipso iure, aber unter Entgegenstehen einer Exception, ersteres dagegen nicht einmal ipso iure geschuldet werde.[11]) Daraus folgt, daß eine Stipulationsurkunde vorlag, in der bezeugt war, daß die drei Personen zusammen eine Quantität Oel darlehnsweise empfangen und dafür promittiert hätten, jeder eine gewisse Summe Geldes zurück zu zahlen.[12]) Ich nehme nun an, daß die Supplicanten außer diesem Thatbestande noch angeführt haben, in Wirklichkeit sei die Stipulation für eine noch erwartete Geldzahlung (die natürlich an Jeden für seinen Theil geschehen sollte) abgeschlossen, diese aber nur an die Dritte erfolgt. Der Eingang der Stelle läßt dann eine doppelte Auslegung zu. Entweder diese: „wenn es wahr ist, was ihr anführt, daß ihr das Geld in Erwartung ei-

---

[10]) Aus diesen Worten darf man durchaus nicht folgern, daß hier die Erörterung eines von dem vorigen in substrato verschiedenen Falles anfange, der noch entschiedener zu Gunsten der Supplicanten liege, als der so eben supponierte. Nach keiner der jemals über die querela n. n. p. aufgestellten Ansichten wäre es erklärbar, warum, ceteris paribus, eine Empfangsbescheinigung über nicht empfangenes Geld für den Aussteller gefährlicher sein sollte, als eine über nicht empfangenes Oel; denn Das könnte dabei doch gar nicht in Betracht kommen, daß irgend ein Dritter zwar Geld, aber kein Oel erhalten hat. Dagegen muß man annehmen, daß mit dem „multo magis“ zwar eine noch verkehrtere juristische Folgerung, aber eine Folgerung aus demselben Thatbestande zurück gewiesen wird.

[11]) Das „convenire non posse“ paßt auch auf Den, welchem eine exceptio entgegen steht; dagegen das „nihil deberi“ soll hier offenbar das Nichtstattfinden einer civilrechtlichen Obligation ausdrücken.

[12]) Diese Erklärung wird auch dann nicht ausgeschlossen, wenn man das „olei“ nicht, wie ich es gethan, aus der Königsberger Handschrift und alten Ausgaben in den Text aufnimmt; aber es ist gerade aus unserer Erklärung ersichtlich, daß diese Lesart, für welche auch die Basiliken sprechen, aus innern Gründen vorzuziehen sein würde.

nes Darlehens promittiert habt, und wenn ihr nicht vielmehr den Betrag, von dem ihr aussagt, daß er der Dritten gezahlt sei, (und der auch körperlich immerhin nur dieser gegeben sein mag,) zur Zeit der Stipulation schon als Darlehen in solidum empfangen hattet, oder, obgleich er nur der Dritten gegeben und nicht als Darlehen in solidum empfangen war, doch ohne weitere Veranlassung („sponte"), oder intercessionis nomine euch dem Gläubiger durch Promission verpflichtet habt".[13]) Oder die folgende, bei welcher die Angaben der Supplicanten in Betreff des subjectiven Rechtsgrundes schon vollständig als wahr vorausgesetzt werden: „wenn ihr nicht nachher, wie das Geld der Dritten nun wirklich gezahlt wurde, erklärt habt, diese Summe zu dreien in solidum empfangen zu wollen — denn so hätte ja Jeder die verabredete Summe ganz empfangen —, oder euch nachträglich durch Stipulation in solidum verpflichtet habt". Gleichviel, welche von diesen Auslegungen man vorzieht: wenn die Sache sich eben nur so verhält, wie die Supplicanten (nach obiger Annahme) vorgestellt haben, so können sie, meinen die Kaiser, die Klage auf die Geldsumme durch die exc. n. n. p., insofern sie nicht verjährt ist, aus dem Felde schlagen. Viel weniger aber noch brauchen sie eine Klage auf Rückgabe von Oel deshalb zu fürchten, weil, wie sie anführen, in der Urkunde der Empfang von solchem bezeugt sei, statt der Auszahlung von Geld, deren Bescheinigung doch wenigstens der Stipulation entsprechen würde, und welche auch nachher, wenn auch nur an die Eine, wirklich erfolgt ist.[14]) Denn da die Stipulation eben nicht auf Oel lautet, so entsteht auf Oel ipso iure keine Obligation; es treten vielmehr nur die rechtlichen Folgen von Dem ein, was wirklich geschehen ist, wenn nur rechtzeitig wegen der exc. n. n. p. protestiert ist. Diese letzte Bedingung bezieht sich hiernach nicht auf das Nichtgeschuldetwerden des Oeles als solches, welches viel-

[13]) Ein solcher Fall wird in l. 4 C. de duob. reis 8, 40 zum Nachtheil der Promittenten entschieden.

[14]) Die Lesart „pro pecunia numerata" (für „pecunia numerata") ist durch sehr gute handschriftliche Auctorität gestützt. Diese Worte brauchen keineswegs zu bedeuten: „statt des wirklich gezahlten Geldes", eben so wenig wie oleum susceptum ein wirklich empfangenes Oel bezeichnet. Das numerata kann sogar dem Sinne nach völlig entbehrlich sein, so daß numerata pecunia unserm baar Geld entspräche, welche Bedeutung es z. B. auch in l. 222 D. de V. S. 50, 16. l. 25, §. 6 D. loc. 19, 1. l. 6 D. de iure delib. 28, 8. l. 13, §. 1 D. de re iud. 42, 1. l. 10 D. de acceptil. 46, 4. §. 2 I. de usufr. 2, 4 und vielen andern Stellen hat.

mehr auch ohne dieselbe zutrifft, sondern auf dasselbe in Verbindung mit der Geltung der natürlichen Consequenzen Dessen, „quod vere factum intercessit", welche letztere dann nicht mehr vollständig stattfindet, wenn die exc. n. n. p. gegen die auf Geld gerichtete Stipulationsklage weggefallen ist. Die „haec res" aber, wegen welcher protestiert sein soll, ist eben die wirkliche Sachlage in Betreff der causa der Stipulation, wie sie sich aus den Anführungen der Supplicanten ergiebt.

Diese Erklärung der Stelle ist freilich etwas verwickelt; aber eine Erklärung von anderer Beschaffenheit läßt sich für manches Rescript nicht geben, insofern die zu Grunde liegenden Thatsachen erst aufgesucht werden müssen, und insbesondere für das vorliegende nicht, da offenbar die Sprache an Dunkelheit leidet. Letzteres haben auch die Verfasser der Basiliken gefühlt und daher, was sie selten thun, der Constitution erst eine erläuternde Geschichtserzählung von ihrer Erfindung voraufgeschickt[15]), welche mir freilich völlig mißrathen zu sein scheint, und auch im Vorigen schon implicite widerlegt ist.

Hiernach ist also auch bei dieser Stelle in der That nur an die eigentliche exc. n. n. p. gegen die Klage aus einem Formalcontract zu denken. Es wäre darum freilich nicht gerade ausgeschlossen, die Worte: „et huius rei est habita solemnis contestatio" für ein in irriger Ueberzeugung von seiner Nothwendigkeit gemachtes Einschiebsel der Compilatoren zu halten, da sie immer, wie oben erwähnt, sprachlich nicht recht in den Zusammenhang passen, und auch dem Sinne nach, als bloße Wiederholung des schon im ersten Theile Gesagten, wohl entbehrt werden könnten.

Endlich sind hier noch die Fälle zu besprechen, wo formale liberatorische Acte ob non numeratam pecuniam angefochten wurden. Von einer exceptio non num. pec. kann bei diesen begreiflicher Weise eben so wenig die Rede sein, wohl aber von einer condictio c. d. c. n. s. aus dem angeführten Grunde, oder etwa von einer replicatio non numeratae pecuniae gegen den vertheidigungsweise geltend gemachten Tilgungsact. Zu unterscheiden sind acceptilatio und pactum. Bei der erstern, welche bekanntlich ipso iure die Obligation aufhebt, fällt eben deshalb die Möglichkeit der erwähnten replicatio weg. Dagegen leidet es keinen Zweifel, daß sie ob cau-

[15]) Bas. 23, 1, 49.

sam non secutam condiciert werden kann[16]), und offenbar kann diese causa unter Anderm auch in der erwarteten Zahlung des Betrages eben der Schuld, welche durch die Acceptilation vernichtet wird, bestehen.[16a]) Wenn nun aber Bähr[17]) vermuthet, daß die Befristung der exc. n. n. p. hier analoge Anwendung gefunden habe, so ist Dies nicht nur wegen der Singularität jener Verjährung an sich bedenklich, sondern es spricht noch besonders der Umstand dagegen, daß nach l. 9 D. de praescr. v. eine Acceptilation als geeignete Grundlage der actio praescriptis verbis betrachtet wurde[18]); denn es wäre doch widersinnig gewesen, die Klage auf das Geringere (die Wiederherstellung der aufgehobenen Obligation) verjähren zu lassen, während doch jedenfalls die Klage auf das Größere (die Baarzahlung) fortbestand.

Ein pactum de non petendo dagegen konnte, da es keine civilrechtliche Vermögensübertragung in sich schloß, nicht ob causam non secutam condiciert werden.[19]) Wohl aber ist bei seiner formalen Natur[20]) eine replicatio non numeratae pecuniae gegen die exceptio pacti conventi denkbar; auch ist hier die analoge Anwendung der fünfjährigen Frist an sich innerlich weniger unwahrscheinlich, als bei der eben besprochenen condictio. Freilich wenn eben diese condictio der Verjährung nicht unterlag, so mag gerade hierin ein Grund gefunden werden, die letztere auch für die replicatio gegenüber der exc. pacti auszuschließen, damit nicht nach Ablauf der Frist das pactum materiell eine stärkere Wirkung erlange, als die acceptilatio. Praktisch werden solche pacta wohl nicht häufig vorgekommen sein; doch scheint in l. 7 C. de exc. 8, 36 ein solcher Fall erwähnt zu werden. Dieses Diocletianische Reskript lautet:

„Si ex maiore debiti quantitate minor tibi soluta est, nec liberationem debitori tuo praestitisti, petere, quod non probatur redditum, contra exceptionem pacti replicatione tuam adiuvans intentionem, minime prohiberis".

Da hier von einem Irrthum nicht die Rede ist, so liegt es näher, diese Stelle von einem pactum de non petendo zu erklären, welches

---

[16]) Vgl. l. 4 D. de cond. c. d. c. n. s. 12, 4. l. 8, §. 8 D. de SC. Vell. 16, 1.

[16a]) Eine solche Acceptilation wird erwähnt in l. 6 C. de solut. 8, 43.

[17]) A. a. O. S. 318.

[18]) Vgl. §. 4, Anm. 23.

[19]) Vgl. Bähr a. a. O. S. 115.

[20]) Vgl. Abh. I. §. 8, bei Anm. 12 u. 13.

in der Voraussetzung, der Schuldner werde noch zahlen[21]), als mit Donellus[22]) von einem solchen, welches in der irrthümlichen Meinung, die Schuld sei schon gezahlt, geschlossen ist. Hierfür sprechen auch die Worte: „quod non probatur redditum"; denn wenn sich der Kläger auf einen Irrthum in Betreff einer vergangenen Thatsache beriefe, so träfe ihn ohne Zweifel durchgängig die Beweislast: es müßte also heißen: „quod probatur non redditum".[23]) Ja noch mehr: da sich dieser Irrthum eben auf die vermeintlich schon geschehene Zahlung der Schuld beziehen soll, so behauptet, wer sich auf denselben beruft, eigentlich gar nicht einen objectiv ermangelnden Rechtsgrund des pactum, sondern negiert vielmehr das letztere selbst. Denn wer gar keine Forderung mehr zu haben meint, kann auch nicht darauf verzichten wollen; der den Worten nach von ihm geschlossene Erlaßvertrag ist nur als leere Form gemeint, die allerdings zugleich die praktische Bestimmung hat, dem Schuldner in einem etwanigen Processe den vielleicht mißlingenden Beweis der Zahlung zu ersetzen.[24]) Schwerlich würde sich also unter Voraussetzung eines solchen Irrthums die Erwähnung der replicatio in der l. 7 cit. rechtfertigen.

Möglich wäre es nun ferner, daß auch der l. 6 eod. (von denselben Kaisern) ein ähnlicher Fall zu Grunde läge. Sie lautet:

„Si pactum intercessit, in exceptione sine temporis praefinitione de dolo replicare potes".

Dieser Stelle legt man gewöhnlich eine stillschweigende Gegenüberstellung der replicatio (resp. exceptio) doli mit der actio de dolo unter: jene sei unverjährbar, ungeachtet diese in einem annus utilis (nach Justinianischem Recht: biennium continuum) verjähre.[25]) Dieser

---

[21]) Man denke z. B. an eine im Voraus hingegebene Urkunde, die nicht ein bloßes Empfangsbekenntniß, sondern einen eigentlichen Erlaßvertrag enthält. — So auch Cuiac. Recit. sol. ad l. 5. 6. 7. 10 C. de exc. Dagegen ist kein Grund vorhanden, für die im Ganzen analoge l. 6 C. de solut. 8, 43, statt eines bloßen, durch Gegenbeweis zu widerlegenden Empfangsbekenntnisses, eine durch replic. n. n. p. zu entkräftende exc. pacti anzunehmen.

[22]) Comment. ad h. l.

[23]) Unter der „liberatio" ist wahrscheinlich eine Acceptilation zu verstehen, wie in l. 17 C. de fideic. 6, 42; vgl. l. 8, §. 2 D. ad SC. Vell. 16, 1. l. un. C de err. calc. 2, 5.

[24]) Vgl. Abh. I. §. 11, zw. Anm. 7 u. 8.

[25]) Vgl. Cuiac. l. c. Donell. Comm. ad h. l. n. 1. Savigny, System, Bd. 5, S. 435.

kaiserliche Ausspruch wäre auch unter der Voraussetzung, daß die Anfrage gerade auf diesen Punct gerichtet war, wohl begreiflich. Eine speciellere Beziehung würde aber die Ausschließung der Verjährung dann erhalten, wenn wir annähmen, daß nach den vom Supplicanten angeführten Thatsachen unter dieser replicatio doli factisch eine replicatio non numeratae pecuniae zu verstehen war: dann würde die viel näher liegende Frage damit verneint sein, ob nicht die Verjährung der exc. n. n. p. und der entsprechenden exc. doli analog auf diese replicatio doli anzuwenden sei: also eben die hier aufgeworfene Frage. Zu einer ganz sichern Entscheidung wird man freilich so wenig über diese Frage selbst, als über die Bedeutung des besprochenen Rescriptes gelangen können.

Dritter Abschnitt.

Das spätere Römische Recht.

---

§. 10.

Die exceptio non numeratae pecuniae im Justinianischen Rechte als Beweiseinrede gegen Darlehnsscheine.

Es ist schon im §. 9 erwähnt, daß dem Justinianischen Rechte auch eine exceptio non num. pec. gegen Beweisurkunden bekannt ist. Auch ist bereits davon die Rede gewesen, daß eine solche, vom directen Gegenbeweise wohl zu unterscheidende, der cond. c. d. c. n. s. entsprechende Anfechtung von Urkunden im Beweisverfahren stäts zulässig gewesen sein muß. Das Neue des Justinianischen Rechtszustandes liegt also *sicher* in der Anwendung des Namens *exceptio* auf diese Beweiseinrede, und *wahrscheinlich* auch in der Uebertragung der *Verjährung* der querela n. n. p. mit ihren Eigenthümlichkeiten auf dieselbe.

Es sollen nun die Spuren dieser neuen exc. n. n. p. in den einzeln spätern kaiserlichen Gesetzen aufgesucht werden. Nach historischer Reihenfolge kommt zunächst l. un. §. 4 C. Th. si cert. pet. de chirogr. 2, 27 (von *Theodosius* II.) in Betracht:

„Sin vero suam quidem manum fateatur obnoxius, sed nihil sibi numeratum pro hac obligatione caussetur, tunc chirographi discuti oportebit aetatem, ut, si iure delata contestationibus tempora debitor taciturnus exegit, cavillationis istius perdat obstaculum".

Da hier der Name *exceptio* nicht vorkommt, so wird, wer etwa der Meinung sein sollte, daß die Verjährung schon im Beweisver-

fahren des Formularprocesses angewandt worden sei, in dieser Stelle keinenfalls etwas Neues zu finden haben. Aber auch vom entgegengesetzten Standpuncte aus möchte Dies sehr zweifelhaft sein. Die ganze kaiserliche Verordnung spricht von Klagen aus Darlehnsscheinen, bei denen bekanntlich die Stipulationsclausel ungemein gebräuchlich war, und es steht daher Nichts im Wege, entweder unter den hier besprochenen „chirographa" überhaupt nur Stipulationsurkunden zu verstehen, oder wenigstens den Verlust des „cavillationis istius obstaculum" nur auf diese Fälle zu beziehen, als die einzigen, in denen die Bedingung, das Versitzen einer vorgeschriebenen Frist, eintreten kann. Für diese Auslegung spricht positiv der Ausdruck „pro hac obligatione", obwohl zugegeben werden muß, daß man zur Noth den kaiserlichen Gesetzgebern jener Zeit auch den Gebrauch von obligatio für ein schriftliches Empfangsbekenntniß zutrauen könnte.[1])

Bleibt nun der wahre Sinn dieses Gesetzes immer etwas fraglich, so handelt dagegen die nächste Constitution, die wir über diesen Gegenstand besitzen, die l. 13 C. h. t. von Justinus, dem unzweideutigen Wortlaute nach nur von Stipulationsurkunden. Wiederum kann Nichts gewisser sein, als daß von Justinianus eine exc. n. n. p. gegen einfache Empfangsbekenntnisse nicht etwa eingeführt, sondern schon als geltend vorausgesetzt, und zwar als ein Fall derjenigen exc. n. n. p., welche nach den alten Rescripten verjähren sollte, gedacht ist. Am unzweideutigsten sagen Dies die Institutionen tit. de lit. obl. Danach soll die exc. n. n. p. „post multum temporis" wegfallen, „si quis debere se scripserit, quod ei numeratum non est", und daher soll nach dem Ablaufe jener Frist aus der Urkunde eine Condiction entstehen, „cessante scilicet verborum obligatione", d. h. „nämlich da, wo keine Stipulation vorliegt".[2]) Ausführlicher noch läßt sich Theophilos hierüber aus:

— — *„τὸ γραμματεῖον ἐποίησεν, ἐν ᾧ εἶπεν, ὅτι Ἐδανεισάμην ἐγω κατὰ τὴν σήμερον ἡμέραν παρὰ τοῦδε, καὶ ταῦτα ἐποφείλω· ἐπερώτησις δὲ οὐκ ἐνετέθη, ἦγουν καὶ ἐντεθεῖσα ἄχρηστος*

---

[1]) Gneist (S. 310) und Bähr (S. 316) beziehen diese Stelle auf einfache Schuldscheine.

[2]) Aehnlich z. B. Antonin. l. 2 C. de donat. int. v. et ux. 5, 16: „cessante iure matrimonii", „da hier keine Ehe vorliegt".

ἢν διὰ τὸ γεγενῆσθαι τὸ τοιοῦτον συμβόλαιον οὐ παρόντος τοῦ δανείσαντος.“[3])

Danach sind nun in l. 14, pr. C. h. t. unter den „contractus, in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur,“ gleichfalls Empfangsbescheinigungen über obligatorische Geldzahlungen oder über obligierendes Hingeben von andern Sachen zu verstehen, einerlei ob sie zugleich eine darauf bezügliche Promission des Ausstellers bezeugen, oder nicht. Dies kann um so weniger bezweifelt werden, als in den §§. 1 u. 2 sodann die „exc. n. n. p.“ auch schriftlichen Quittungen gegenüber theils ganz ausgeschlossen, theils auf kurze Frist beschränkt wird. An Stipulationsclauseln aber ist bei Quittungen natürlich gar nicht zu denken; auch habe ich schon früher[4]) bemerkt, daß die Bezeichnung exceptio (nicht etwa replicatio) non num. pec. sich in diesem Falle ohnehin auf keine Weise mit dem aus dem alten Formularprocesse überlieferten Sprachgebrauche in Einklang bringen läßt, selbst wenn man sich eine Quittung nicht als Beweismittel, sondern als formalen Tilgungsact dächte.

Eben so ist in andern Justinianischen Gesetzen, l. 16 C. de fide instr. 4, 21 (lex rest.), l. 16 C. h. t.[5]), Nov. 18, c. 8, u. Nov. 136, c. 6, ganz allgemein von der exc. n. n. p. als einer Form der Anfechtung von allerhand Beweisurkunden die Rede. So werden wir nun auch in vielen der ältern in den Coder aufgenommenen Constitutionen, welche sich auf die querela n. n. p. beziehen, unter der „cautio“, dem „chirographum“ im Sinne des Justinianischen Rechtes nach Belieben auch einen einfachen Schuldschein ohne Stipulationsclausel verstehen können.

Unter dieser exceptio non n. p. gegen Beweisurkunden nun gerade jene erst besprochene Beweiseinrede zu verstehen, dazu gelangen wir auf folgende einfache Weise. Da eine solche „exceptio“ nun einmal keine wahre exceptio sein kann, so wüßte ich zunächst gar nichts Anderes darunter zu verstehen, als irgend eine Beweiseinrede. Hierfür spricht auch, daß das Wort exceptio in der Justinianischen

[3]) Nach Reitz: — — „cautionem scripserit, in qua dicat, Ego mutuatus sum hodierno die ab illo, eaque debeo, sed stipulatio non inserta sit, aut inserta etiam inutilis sit, quia huiusmodi instrumentum factum est non praesente creditore“.

[4]) Abh. I. §. 6 gegen Ende.

[5]) Aus l. 15 eod. ist in dieser Beziehung Nichts zu entnehmen.

l. 14, §. 2 C. de contr. stip. 8, 38 in dieser Bedeutung gebraucht wird.[6]) Diese Beweiseinrede muß aber eine solche sein, bei welcher der Producent zu beweisen hat, „pecuniam esse numeratam"; denn die Stellen, welche Dies vorschreiben, beziehen sich im Sinne des Justinianischen Rechtes mit auf diese Beweiseinrede, und von Dem, welcher dieselbe vorschützt, wird gesagt: „non esse sibi solutas pecunias vel alias res dicere"[7]), worin die Andeutung liegt, daß er diese seine Behauptung nicht etwa auch zu beweisen brauche. Nun hat aber bei jener bestimmten Beweiseinrede der Producent (nachdem der Product seinerseits das ihm Obliegende dargethan hat) in der That den Beweis der Geldzahlung zu führen: und da sie außerdem der eigentlichen exc. n. n. p., wie diese im Vorigen dargestellt ist, ganz analog ist, so liegt gewiß die Annahme am nächsten, daß das Recht der querela non n. p. durch einen Mißbrauch, aus dem sich aber ein wahres Gewohnheitsrecht herausbildete, auf diese Beweiseinrede und die entsprechende cond. c. d. c. n. s. der Urkunde übertragen worden ist.

Ueber die Zeit der Entstehung dieses Gewohnheitsrechtes kann nichts Genaueres angegeben werden, als daß sie zwischen Constantinus den Großen und Justinianus fallen muß. Mitgewirkt hat dabei vermuthlich der Umstand, daß eine Form des Formalcontractes, nämlich das peregrinische chirographum, zu dessen Anfechtung es der verjährbaren exc. n. n. p. bedurfte, in der äußern Erscheinung ganz mit Dem zusammenfiel, was unter Römischen Bürgern nur als Beweismittel galt. Außerdem erschien im Verkehr so entschieden die Stipulationsurkunde im Vergleiche mit der mündlichen Stipulation selbst als das Bedeutsamere, die Hinzufügung der Stipulationsclausel in Schuldscheinen aber zuletzt so sehr als zufällige Form, daß man, vom praktischen Standpuncte aus, gar keinen Grund mehr sehen mochte, einfachen Schuldscheinen eine andere rechtliche Behandlung angedeihen zu lassen und ihnen gegenüber jene Beweiseinrede, die man jetzt gleichfalls exceptio n. n. p. nannte, in perpetuum zuzulassen. Denn die Scheu, den Richter in der Beurtheilung des Beweisergebnisses durch positive Vorschriften einzuschränken, war ohnehin weggefallen.

[6]) „Testes undique idoneos et omni exceptione maiores". S. auch Abh. I. §. 6, bei Anm. 25.

[7]) L. 14, §. 2 C. h. t.

Es ist nun noch das Verhältniß dieser exc. n. n. p. zum directen Gegenbeweise zu besprechen. Da sie keineswegs die Behauptung enthält, das Geständniß sei im Voraus abgegeben — was auf eine directe Bestreitung des Zugestandenen hinauslaufen würde —; da sie sich vielmehr nur auf den Dolus stützt, der in der Benutzung eines (schriftlichen) außergerichtlichen Geständnisses liegt, dessen causa nicht eingetreten ist: so scheint es zunächst ganz gleichgültig zu sein, ob diese causa in einer der als geschehen bezeugten gleichen Leistung, oder in irgend einer andern bestehen sollte. Dennoch ist unter dieser exc. n. n. p., welche verjähren soll, offenbar nur die Einrede Desjenigen verstanden, der behauptet, daß er die Urkunde nur in Erwartung einer gleichen Leistung, wie die, deren Empfang er bescheinigt hat, ausgestellt habe. Hierfür spricht einestheils die Analogie der exc. n. n. p. gegen Stipulationsklagen[8]), und sodann das „non esse sibi solutas pecunias vel alias res dicere“ in l. 14, §. 2 C. h. t., wo offenbar die „pecuniae vel aliae res“ ganz parallel gehen den kurz vorher erwähnten „pecuniae vel aliae res“, deren Entrichtung eben in der angefochtenen Urkunde bezeugt sein soll. Meistens wird in solchen Fällen die Urkunde lediglich als Sicherheit für diese noch erwartete Leistung selbst ausgestellt sein; aber so lange der Nachweis dieses Umstandes, der einen wahren Gegenbeweis ausmachen würde, nicht geführt ist, fehlt es an jedem Grunde, bloß deswegen, weil sich der Aussteller für sein Geständniß noch eine Gegenleistung ausbedungen hat, das Geständniß selbst für widerlegt anzusehen: der Ausfall des durch Production der Urkunde angetretenen Beweises wird daher, wenn der Product das Fundament der exc. n. n. p. hergestellt hat, davon abhangen, ob der Producent (als Beweisreplicant — wenn dieses Wort erlaubt ist) die nachträgliche Geldzahlung oder sonstige Leistung darthut, oder nicht. Nach Römischem Proceßrechte lag die Sache freilich, wenn dem Producten der directe Gegenbeweis gelungen war, praktisch nicht anders. Denn da es keine peremptorische Beweisfrist gab, so stand es dem Producenten frei, nachdem sich die in der Urkunde zugestandene Thatsache als unwahr herausgestellt hatte, eine zu einer andern Zeit, namentlich auch nach Ausstellung der Urkunde, von ihm an den Producten gelangte Leistung von gleicher rechtlicher Bedeutung, wie die in der Urkunde bezeugte,

[8]) S. §. 9, bei Anm. 2.

mit neuen Beweismitteln darzuthun. In der That versieht eine Darlehnszahlung, für welche im Voraus ein Empfangsschein ausgestellt ist, nach der Absicht der Contrahenten eine doppelte Function als objectiver Rechtsgrund. So lange die frühere Darlehnszahlung, welche doch in Wirklichkeit nicht stattgefunden hat, auf Grund des Geständnisses processualisch als feststehend gilt, soll die spätere Zahlung nicht gleichfalls obligieren[9]), sondern nur eine Gegenleistung für das Geständniß darstellen; falls aber das Geständniß aufhören würde, formelle Wahrheit unter den Parteien zu machen, soll dann doch wenigstens die spätere Zahlung selbst als causa einer Verbindlichkeit des Empfängers erscheinen. Es ist daher nach Römischem Proceßrechte auch einerlei, ob der Producent, wenn das Fundament der exc. n. n. p. feststeht, den Beweis der nachträglichen Geldzahlung als Beweis seiner Beweisreplik, oder, unter Verzichtleistung auf diesen Beweis, als anderweitigen Hauptbeweis seines Klaggrundes (resp. seiner Einrede u. s. w.) erbringt: da der Product selbst behauptet hat, daß die Geldzahlung als Rechtsgrund des Geständnisses nicht erfolgt sei, so kann er sich, wenn nun doch eine Geldzahlung im Allgemeinen dargethan wird, nicht darauf berufen, daß diese nach Absicht der Parteien nicht die fragliche materielle Rechtswirkung habe mit sich bringen, sondern nur als causa des Geständnisses gelten sollen.

Wenn demnach zwischen Gegenbeweis und Beweis der exc. n. n. p. in Bezug auf die Wirkungen, welche sie auf die processualische Lage des Gegners ausüben, nach Römischem Rechte äußerlich kein Unterschied stattfindet, so weichen sie desto mehr in Rücksicht auf die Leichtigkeit ihrer Erbringung von einander ab. Hierin steht der Product bei der exc. n. n. p. nicht nur wegen des Beweisthemas selbst schon viel günstiger, als beim Gegenbeweise, sondern namentlich auch wegen der ihm gestatteten Beweismittel. Denn die Eideszuschiebung, welche im Justinianischen Recht unstreitig schon ein gebräuchliches Beweismittel war, konnte doch aus innern Gründen höchst wahrscheinlich schon damals, wie nach heutigem gemeinen Rechte, zum

[9]) Es wäre doch in jedem Falle entschieden gegen die Absicht der Parteien, wenn der Inhaber des Schuldscheines, weil er mit andern Beweismitteln diese spätere Zahlung ebenfalls darthun könnte, statt mit einer, mit zwei Darlehnsklagen gegen den Aussteller durchdränge.

Zwecke des Gegenbeweises nicht benutzt werden[10]), während der Product über die subjective causa futura seines Geständnisses, als Hauptbeweisführer, dem Gegner unbedenklich den Eid deferieren durfte. Während daher die Gründe, welche die Befristung der alten exc. n. n. p. veranlaßt hatten, auch bei dieser Beweiseinrede zutrafen, blieb der directe Gegenbeweis mit Recht von dieser Verjährung ganz unberührt.

Wenn nun die Institutionen nach dem Wegfalle der exc. n. n. p. eine Literalobligation annehmen, so ist diese Benennung freilich sehr schlecht gewählt, aber doch erklärlich. Zwar daß hier keinenfalls eine besondere Art von Contractsobligation vorliegt, und daß die Institutionenverfasser einen unverkennbaren Mangel an Logik an den Tag gelegt haben, indem sie mit diesem Material die Lücke, welche sie in ihrem Contractssysteme für einen Literalcontract gelassen hatten, ausfüllen zu können meinten, habe ich schon anderswo besprochen.[11]) Dagegen ist es vom praktischen Standpuncte aus begreiflich, wie Jemand da, wo ein Rechtsmittel, das nach allgemeinen Grundsätzen zur Abwehr der Anerkennung einer Obligation zugelassen werden müßte, ganz singulärer Weise wegfällt, eine neue gesetzliche Obligation zu finden glauben kann. Daß andere, in ihrer praktischen Wirkung ähnliche Vertheidigungsmittel dabei fortbestehen, ändert zunächst Nichts; denn man weiß auch sonst aus dem Römischen Obligationenrechte von Forderungsrechten, welche formell bestehen, ohne doch von dem Berechtigten wirksam zur Geltung gebracht werden zu können. Ein gründlicheres Nachdenken hätte freilich die Institutionenverfasser überzeugen müssen, daß es nur verwirrend wirken konnte, beweisrechtliche Singularitäten in die Ausdrucksweise des materiellen Obligationenrechtes einzukleiden.

§. 11.

Objectiver Umfang der auf die Beweiseinrede übertragenen Verjährung.

Es ist schon im vorigen Paragraphen angedeutet, daß die Condiction einer Beweisurkunde ob causam non secutam ohne Zweifel da, wo die entsprechende Beweiseinrede nicht, oder nicht mehr statt-

[10]) Vgl. unten §. 12, Anm. 6.

[11]) Abh. I. §. 6, bei Anm. 17.

fand, gleichfalls ausgeschlossen war; auch kann die schon mehrfach berührte l. 4 C. de cond. ex lege 4, 9 im Sinne des Justinianischen Rechtes unbedenklich auch auf eine solche Condiction bezogen werden. Zu untersuchen ist aber noch, wie weit die Beschränkung der Beweiseinrede selbst reichte.

Zu diesem Ende sind die Bestimmungen der l. 14, pr. §§. 1. 2 C. h. t. einer nähern Betrachtung zu unterziehen. Im princ. ordnet Justinianus zunächst eine Abkürzung der bisherigen fünfjährigen Dauer der exc. n. n. p. auf zwei Jahre an; welche Bestimmung er im tit. I. de lit. obl. 3, 21 wiederholt hat. Die eigentliche Exception und die Beweiseinrede dieses Namens erscheinen ihm dabei vollständig als ein und dasselbe Rechtsinstitut. Er spricht zwar hier ausdrücklich nur von schriftlichen Contractsurkunden: darunter sind aber natürlich Stipulationsurkunden so gut, wie einfache Schuldscheine begriffen, und aus §. 2 I. de exc. 4, 13 ersehen wir zum Ueberflusse, was wir auch so vermuthen durften, daß die exc. n. n. p. allen Stipulationen ohne Unterschied, auch bloß mündlichen, gegenüber auf die zweijährige Frist beschränkt sein soll.

Schwierigkeit macht nun aber die Frage, welche Arten der einfachen Empfangsbekenntnisse unter das Gesetz fallen. In dem princ., mit welchem wir es zunächst allein zu thun haben, ist nun, wie schon das Wort contractus zeigt, nur von Bescheinigungen solcher Geldzahlungen oder anderer Leistungen die Rede, welche eine Obligation nicht tilgen, sondern begründen sollen. Ferner spricht aber Justinianus nur von solchen „contractus", „in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur": es handelt sich also nur um solche Urkunden, in denen eine Eigenthumsübertragung als geschehen anerkannt ist. Denn Dies ist bekanntlich die technische Bedeutung von dare, und es fehlt um so gewisser an jedem Grunde, hier dem Kaiser eine Ungenauigkeit des Ausdruckes zuzuschreiben, als eine exc. n. n. p. in dem in §. 10 festgestellten Sinne, nämlich die Behauptung enthaltend, daß die Ausstellung des Scheines in Erwartung einer der bezeugten gleichen Leistung geschehen sei, bei Urkunden, welche die Hingabe einer Sache z. B. zum Commodat oder regulären Depositum bezeugen, wohl undenkbar ist. Aber auch wo es sich um eine Eigenthumsübertragung handelt, ist eine von der einfachen Bestreitung des in der Urkunde Zugestandenen verschiedene exc. n. n. p. ersichtlich dann unmöglich, wenn der Em-

pfang einer individuell bestimmten Sache bescheinigt ist. Im Uebrigen hat man im Sinne des Justinianischen Rechtes wohl jedenfalls zwischen fungibeln und nicht fungibeln Sachen in Bezug auf die exc. n. n. p. keinen Unterschied zu machen, zumal da nach l. 2, pr. C. de const. pec. 4, 18 und l. 222 D. de V. S. 50, 16 Justinianus in juristischen Kunstausdrücken schon unter pecunia selbst alle Arten von Sachen verstanden wissen will.[1])

Darnach würde also das princ. nur von Scheinen über den Empfang in genere bezeichneter Sachen nach der Form do ut des oder do ut facias, so wie über Darlehen, und etwa über die Hingabe fungibler Sachen zur locatio conductio irregularis oder zum Quasiusus-fructus handeln. Auch deposita irregularia würden hierher gehören, wenn nicht für sie eine besondere Bestimmung im §. 1 gegeben wäre. Auf die analogen Verhältnisse bei der Dos wird später zu kommen sein.[2])

Ich wende mich nun zum §. 1. Dieser zeichnet einige Urkunden aus, gegen welche gar keine exc. n. n. p. stattfinden soll: zunächst eben Scheine über Depositа, wobei nach dem zuvor Bemerkten und in Uebereinstimmung mit den Worten: „instrumento depositionis certarum rerum vel certae pecuniae“[2a]) wohl nur an irreguläre Depositа gedacht sein wird, da in Bezug auf reguläre die exc. n. n. p.

---

[1]) Vgl. §. 9, Anm. 1.

[2]) Bähr führt (S. 317) als unter das princ. fallend noch Scheine über Vorschüsse an, welche einem Mandatar oder Gesellschafter gegeben seien; doch möchten diese mindestens da, wo ihr Aussteller nachher nochmals auf denselben Betrag klagt, wohl eher den Quittungen zuzuzählen sein, für welche wir die gesetzlichen Bestimmungen im §. 2 der l. 14 aufzusuchen haben. Entschieden unrichtig ist es nach meiner Ansicht, wenn Bähr (S. 319 f., Anm. 50) einer Bescheinigung des Inhaltes, eine Waare verkauft und dagegen den Preis empfangen zu haben, in dieser Beziehung Doppelnatur zuschreibt: der actio venditi gegenüber sei sie Quittung, der exceptio non adimpleti contractus (bei der actio empti) gegenüber obligatorische Urkunde. Sie kommt vielmehr auch im letztern Falle nur als Beweismittel für die Erfüllung der einredenweise geltend gemachten Gegenverpflichtung in Betracht. Dagegen ist es richtig, daß dem Empfangsschein über ein Darlehen, welches zu geben sich der Inhaber früher verpflichtet hatte, diese Doppelnatur zukommt.

[2a]) Denn certa pecunia heißt bekanntlich regelmäßig nicht eine Quantität individuell bestimmter Geldstücke, sondern eine in genere bestimmte Geldsumme, insbesondere mit Beziehung auf Eigenthumsübertragung, und eben so können hier die „certae res“ (nämlich fungible Sachen) verstanden werden.

ohnehin nicht vorkommen kann; sodann Quittungen über öffentliche Abgaben[3]) und gewisse Dotalquittungen, von denen noch später genauer zu reden sein wird. Hier tritt also zuerst eine exc. n. n. p. als möglich auch gegen Quittungen auf, wenngleich nur um durch positive Vorschrift für gewisse Fälle ausgeschlossen zu werden. Im §. 2 dagegen wird sie gegen andere Quittungen zugelassen, wenn auch auf dreißig Tage beschränkt.

Daß eine solche Beweiseinrede gegen Quittungen überhaupt stattfindet, hat gewiß nichts Wunderbares; vielmehr muß sie der Sache nach, wenn auch ohne den Namen exc. n. n. p., Quittungen gerade so gut, wie Schuldscheinen gegenüber von je her üblich gewesen sein.[4]) Erst durch unsere l. 14 ist sie für einige Fälle ganz ausgeschlossen, für andere in der Zeitdauer beschränkt worden; wenigstens haben wir keine Spuren, daß sie schon früher unter den Gesichtspunct der quer. n. n. p. gezogen, und so die fünfjährige Verjährung auf sie angewandt wäre, obwohl Dies immerhin möglich ist. Nach Bähr[5]) soll freilich hier die Anfechtung von Acceptilationen ob non numeratam pecuniam als Vermittlungsglied in Betracht kommen. Dazu muß er jedoch zuvörderst die für das ältere Recht schon oben[6]) widerlegte, und für das Justinianische Recht wegen der Perpetuität der actio praescriptis verbis noch immer eben so unwahrscheinliche Voraussetzung machen, daß das quinquennium auf die Condiction einer Acceptilation ob non num. pec. übertragen sei. Sodann stellt er die entschieden unrichtige Behauptung auf, daß nach Abschaffung des Formularprocesses gegen die Einrede der Acceptilation eine replicatio non n. p. möglich geworden sei, während doch in Wahrheit, da die Obligation durch Acceptilation ipso iure getilgt wurde, dem Acceptoferenten auch noch nach Justinianischem Rechte nur eine cond. c. d. c. n. s. auf Ersatz der untergegangenen Obligation zu Gebote stand.[7]) Jene replicatio n. n. p. soll dann

---

[3]) Dieser Theil des Gesetzes ist als l. 4 C. de apoch. publ. 10, 22 wiederholt.

[4]) L. 21 u. 23 C. de solut. 8, 43 bieten Beispiele dar, wo der Aussteller sich sowohl durch diese Einrede, als durch directen Gegenbeweis helfen konnte.

[5]) A. a. O. S. 318 f.

[6]) S. §. 9, bei Note 18.

[7]) Daß Justinianus in §. 35 I. de act. 4, 6 dem Kläger erlaubt, während des Processes die angestellte Klage zu berichtigen, ist eine rein processualische Bestimmung, die mit der vorliegenden Frage in gar keinem Zusammenhange steht.

in Folge der Assimilation der Quittung mit der Acceptilation, welche Bähr, entsprechend der von ihm behaupteten Assimilation von Stipulationsurkunde und einfachem Schuldschein, trotz der ausdrücklichsten, noch für das Justinianische Recht entgegen stehenden Quellenzeugnisse[8]) annimmt[9]), mit der ihr eigenthümlichen Befristung auch auf die Quittung angewandt sein. Wie erklärt es sich aber dann, daß plötzlich im Justinianischen Recht auch hierfür die Bezeichnung exceptio, nicht replicatio, gebraucht wird? — Die ganze historische Erklärung Bähr's ist wie unhaltbar, so auch überflüssig, sobald einmal die Uebertragung der exc. n. n. p. auf einfache Schuldscheine erklärt ist, insofern man nur sie hier als Beweiseinrede auffaßt; denn eine solche behält stäts dieselbe Natur, gleichviel ob der Kläger, oder der Beklagte die betreffende Urkunde produciert, und gleichviel welchen Rechtsgrund die darin bezeugte Leistung angeblich gehabt haben soll, ob den der Obligierung, oder den der Tilgung einer Obligation.

Nach dem Wortlaute des §. 2 ist es übrigens zweifelhaft[10]), ob die exc. n. n. p. bei allen Quittungen außer den im §. 1 genannten in 30 Tagen verjähren soll, oder nur bei solchen, welche eine Zahlung aus einem Contracte von der Art der im princ. vorausgesetzten bezeugen, und im letztern Falle, ob die Worte: „in quo[11])

Oder würde etwa Bähr es eine Replik nennen, wenn der Kläger, welcher den Sklaven Eros vindiciert hat, nun auf die Einwendung des Beklagten, der Kläger selbst habe ihm den Eros tradiert, erwidert, er habe auch nicht den Eros, sondern den Stichus gemeint?

[8]) L. 19, §. 1 D. de acceptil. 46, 4. l. 6. 13. 21. 23 C. de solut. 8, 43. — Natürlich kann aber in der Ausstellung einer Quittung sich ein pactum de non petendo manifestieren; nur ist Dies nie ohne besondern Nachweis anzunehmen. Vgl. Abh. I. §. 11, bei Anm. 39—44.

[9]) S. Anerkennung, S. 148 u. 238. — Ihm scheint auch schon für das Justinianische Recht Brinz, Pandekten, §. 148, S. 638 f. zuzustimmen.

[10]) Denn der Anfang lautet allgemein: „super ceteris vero securitatibus, quae super privatis debitis a creditore conscribuntur, partem debiti sortis vel usurarum nomine solutam esse significantes", etc.; sodann aber wird das Vorhandensein einer „foeneraticia cautio" vorausgesetzt, und nur noch hinzugefügt: „vel si qua alterius cuiuscunque contractus gratia, in quo numeratio pecuniarum vel datio certarum specierum scripta est, securitas similiter data sit." Vgl. Gneist a. a. O. S. 29—32, welcher für die exc. n. n. p. der herrschenden Lehre der engsten Auslegung den Vorzug giebt.

[11]) Die Lesart „qua" ist ganz unhaltbar; s. Gneist a. a. O. S. 30 f.

numeratio pecuniarum vel datio certarum specierum[12]) scripta est", wörtlich zu verstehen sind, oder ob es nicht darauf ankommt, daß ein schriftliches Empfangsbekenntniß über die Begründung der angeblich getilgten Schuld vorhanden sei. Nach der Analogie des princ. werden wir jedenfalls wohl nur an solche Quittungen zu denken haben, in denen eine Eigenthumsübertragung bezeugt ist; im Uebrigen fehlt es an innern Gründen für eine Beschränkung, auf welchen Umstand freilich bei so willkürlicher Gesetzmacherei nicht zu viel Gewicht zu legen ist. So viel ist gewiß, daß in den Fällen, für welche aus den §§. 1 u. 2 keine Bestimmung zu entnehmen ist, die „exc. n. n. p." gegen Quittungen, insofern eine solche nicht aus innern Gründen unmöglich ist, nicht etwa ganz ausgeschlossen, sondern vielmehr unbeschränkt in perpetuum zuzulassen ist.

Endlich kann noch ein Zweifel entstehen, ob nicht jedenfalls nach dem Sinne des Justinianischen Rechtes die replicatio non numeratae pecuniae gegen die exceptio pacti in den Fällen, wo auch die exc. n. n. p. gegen eine Quittung ganz ausgeschlossen, oder auf 30 Tage beschränkt sein würde, in demselben Maße verkürzt sei, damit nicht das bloße Beweismittel factisch stärker wirke, als der formale Tilgungsact. Die in §. 9 besprochene l. 6 C. de exc. 8, 36 (S. 248) würde nicht im Wege stehen, selbst wenn sie sich ursprünglich auf diese Frage bezogen haben sollte, da sie für das Justinianische Recht immerhin anders ausgelegt werden könnte. Dennoch glaube ich nicht, daß man jene Einschränkung der replicatio non numeratae pecuniae annehmen darf, weil doch sogar die Geltendmachung der nicht eingetretenen causa futura der Acceptilation nach dem oben Bemerkten auch im Justinianischen Rechte noch in perpetuum würde stattfinden können. Was aber die Vergleichung mit Quittungen betrifft, so wirken diese doch insofern immer viel schwächer, als pacta de non petendo, als sie stäts durch einfachen Gegenbeweis werthlos gemacht werden können.

---

[12]) Species bedeutet hier offenbar nicht individuell bestimmte Sachen, sondern überhaupt andere Sachen außer dem Gelde; es steht nur zur Abwechslung für res, ähnlich wie l. 26, §. 1 C. de usur. 4, 32; vgl. auch l. 7, §. 1 D. de supell. leg. 33, 10. l. 16, §. 7 D. de publican. 39, 4.

§. 12.

Sonstige Verordnungen des Justinus und des Justinianus über die querela non numeratae pecuniae.

Oben (§. 10) ist schon ein auf die querela n. n. p. bezügliches Gesetz von Justinianus' Vorgänger Justinus erwähnt worden, die l. 13 C. h. t. nämlich, deren Bestimmungen jetzt noch näher zu erörtern sind.[1])

Wir dürfen uns zu ihrer Erklärung zunächst ganz auf den Standpunct der eigentlichen exc. n. n. p. gegen Stipulationsklagen stellen; denn sie setzt dem Wortlaute nach nur Stipulationsurkunden voraus. Es soll nun nach ihr in einem Falle der Promissor von Geld keinen Beweis der causa mehr vom Stipulator verlangen können, nämlich dann nicht, wenn er selbst urkundlich eine antecedens causa der Stipulation ausdrücklich zugestanden hat, ausgenommen jedoch wiederum, wenn er mit sehr einleuchtenden, schriftlichen Beweismitteln darthun kann, daß das Geschäft sich in Wahrheit anders zugetragen hat.[2]) Berücksichtigt man nun, daß der Promissor den Beweis einer subjectiven causa nie, und den der objectiven Wirklichkeit der gewollten causa nur in gewissen Fällen der causa futura, namentlich dem der exc. n. n. p., vom Stipulator fordern konnte, so leuchtet ein, warum dieses Gesetz im Titel „de non numerata pecunia" seine Stelle gefunden hat. Möglicher Weise reichte seine Anwendbarkeit noch über das Gebiet der exc. n. n. p. hinaus; aber diese bildete jedenfalls den Hauptfall derselben.[3]) Jene Vorschrift ist nun nicht etwa dahin zu verstehen, daß die Beweislast bei der exc. n. n. p., so viel die

---

[1]) S. das Gesetz selbst in der Abh. I. §. 4, bei Anm. 52. Dort ist auch die Gneist'sche Auslegung desselben widerlegt und schon darauf hingewiesen, daß es sich auf die exc. n. n. p. beziehen muß.

[2]) „Negotium subsecutum sit". Subsequi hat in der Sprache jener Zeit ganz die Bedeutung des Nachfolgens verloren und steht für geschehen überhaupt, wie unser erfolgen. Vgl. z. B. l. 6 C. de dot. prom. 5, 11. l. 3 C. de dote cauta et non num. 5, 15. l. 23, §. 2 C. ad SC. Vell. 4, 29.

[3]) Daß als Object der Stipulation in dem Gesetze nur Geld erwähnt wird, kann kein Hinderniß abgeben, es mindestens so weit auszudehnen, als die Bezeichnung exc. n. n. p. herkömmlich reichte.

nachträgliche Geldzahlung betrifft, in dem genannten Falle umgekehrt sein solle, sondern dahin, daß die exc. n. n. p., wenn ihr Fundament, die subjective causa futura, nicht schriftlich bewiesen werden könne, gar nicht stattfinden solle. Dies geht daraus hervor, daß der Promissor „suis acquiescere", also Das, was er als wahr anerkannt hat, namentlich die causa antecedens, gegen sich gelten lassen soll, so wie aus dem Schlußsatze, worin eben Dies als Motiv des Gesetzes angegeben wird. Wo die exc. n. n. p. dagegen in solchen Fällen hiernach überhaupt noch zulässig ist, da ist keine Abänderung der Beweislast in dem Gesetze angeordnet; denn der Promissor genügt der Vorschrift desselben, wenn er nur durch Urkunden nachweist, daß das Geschäft anders, als bezeugt, vor sich gegangen sei, also daß nicht causa antecedens, sondern causa futura zu Grunde gelegen habe. Die mit nisi certe eingeleitete Ausnahme ist nach dieser Auslegung nicht bloß auf den Zwischensatz: „quum suis acquiescere debeat", sondern vorzugsweise auf das „ut non iam ei licentia sit causae probationes stipulatorem exigere" zu beziehen. So bleibt denn diese Stelle mit der l. 3 C. h. t., welche allgemein den Beweis der Geldzahlung bei dieser Exception dem Kläger auflegt, in Einklang.[4]) Einen genügenden innern Grund für dieses Justinische Gesetz weiß ich freilich so wenig anzugeben, wie für irgend eine andere singuläre Beschränkung in der Benutzung von Beweismitteln, die grundsätzlich als zur Herstellung der Wahrheit dienlich im Rechte anerkannt sind. Es erklärt sich indessen aus derselben, die exc. n. n. p. einschränkenden Tendenz, welcher die Verjährung derselben ihre Einführung verdankt.

Eine analoge Ausdehnung jener Vorschrift auf die Anfechtung von Beweisurkunden als solchen ist nicht gut denkbar, da ja, wie dort die Stipulation, so hier das Bekenntniß, Etwas empfangen zu haben, selbst erst Gegenstand des Angriffes ist, und eine von diesem Bekenntnisse unterschiedene Bescheinigung, daß dasselbe ex antece-

---

[4]) In dieser l. 13 finde ich die Veranlassung zu der von den Compilatoren herrührenden Fassung der l. 25, §. 4 D de prob. 22, 3 (vgl. Abh. I. §. 4), wie es ja auch Andere, die freilich beide Stellen anders als ich auslegten, bereits gethan haben, da die Redewendungen jener l. 25, §. 4 stark an unsere l. 13 erinnern. Für mich erscheint jene Interpolation als eine gedankenlose analoge Anwendung der l. 13 cit. auf den principiell völlig abweichend zu beurtheilenden Fall der condictio und exceptio indebiti promissi.

dente causa abgelegt werde, in der Urkunde nicht wohl enthalten sein kann.[5])

Justinianus selbst hat dann noch mehrere Verordnungen über die exc. n. n. p. (im weitern Sinne) erlassen, die nunmehr kurz besprochen werden sollen.

Zunächst kommen die bisher noch nicht berührten §§. 3 u. 4 der l. 14 C. h. t. in Betracht. §. 3 lautet:

„Illo videlicet observando, ut, in quibus non permittitur exceptionem n. n. p. opponere, vel ab initio vel post taxatum tempus elapsum, in his nec iusiurandum offerri liceat".

Man könnte nun hierin nur die freilich selbstverständliche Bestimmung finden wollen, daß der Product, der mit der Einrede überhaupt ausgeschlossen sein soll, auch nicht dem Producenten den Eid über das Fundament derselben zuschieben könne, nämlich daß er (Product) die Urkunde nur unter der Voraussetzung, noch Geld dagegen ausgezahlt zu erhalten, ausgestellt habe.[6]) Diese Auslegung hat auch

---

[5]) Jedenfalls würde heutzutage wohl keine praktische Anwendung von dieser Beschränkung der Beweismittel zu machen sein. Vgl. Wetzell, System des Civilpr. §. 25, Note 1, S. 158. Dafür spricht auch die Analogie des c. 14 X. de fide instr. 2, 22, verglichen mit l. 25, §. 4 D. de prob. 22, 3; s. Abh. I. §. 11, Anm. 35.

[6]) Bähr, für den der Beweis der exc. n. n. p. gegen Urkunden völlig mit dem Gegenbeweise zusammenfällt (Anerkennung, S. 314), versteht (S. 322 f.) ganz analog die Vorschrift des §. 3 dahin, daß, wo dieser Gegenbeweis überhaupt ausgeschlossen sei, zu diesem Behufe auch nicht der Eid deferiert werden könne. Darin soll nun (argumento a contrario) zugleich liegen, daß er, wo die exc. n. n. p. stattfinde, deferiert werden könne, was mir, wenn ich unter derselben den Gegenbeweis verstände, sehr bedenklich sein würde. Denn obwohl sich im Römischen Rechte eine entgegenstehende generelle Vorschrift nicht findet; obwohl namentlich die von Gneist (S. 98) auch bei dieser Gelegenheit angeführte, daß gegen Urkundenbeweis Gegenbeweis nur durch Urkunden zulässig sei, nie existiert hat (vgl. Abh. I. §. 4, bei Anm. 47): so wird der Römische Richter doch kaum von einer Partei verlangt haben, daß sie Das noch beschwören solle, was sie schon bewiesen hatte. (Damit fällt das Argument hinweg, welches Bähr für seine Ansicht gegen die herrschende Lehre von der exc. n. n. p. aus diesem §. 3 entnimmt, daß nämlich von einer Eideszuschiebung des Excipienten während der Dauer der Exception nicht die Rede sein könnte, wenn wirklich das Empfangsbekenntniß Nichts bewiese; denn im entgegengesetzten Falle könnte auf Grundlage seiner Ansicht von einer Eideszuschiebung eben so wenig die Rede sein.) Bähr will freilich ganz im Gegentheil die besondere Erwähnung der Eideszuschiebung gerade daraus erklären, daß sie wohl damals schon (wie auch noch heute) das häufigste — wenn er noch hinzufügt: „und, in

gar kein Bedenken, da der Kaiser durch das videlicet die Selbstverständlichkeit dieser Vorschrift selbst andeutet. Auch möchte wohl in der Nov. 136, c. 6, wo Justinianus mit den Worten: „τοῦτο ὅπερ καὶ ἐν τοῖς καθόλου νόμοις ἐγράψαμεν“ (nach Osenbrüggen: „id quod etiam in generalibus legibus scripsimus“) auf unsere Stelle parenthetisch verweist, das folgende: „καίτοιγε οὐδὲ τοῦτο ἐχρῆν“ („quamquam ne hoc quidem necessarium erat“) denselben Gedanken aussprechen; denn es ist vielleicht richtiger, diese Worte in die Parenthese hinein zu ziehen, statt sie, wie die Ausgaben thun, außerhalb der Parenthese auf die ganze so eben erlassene gesetzliche Bestimmung zurück deuten zu lassen. Dennoch liegt vielleicht etwas Anderes in jener Vorschrift des §. 3, was freilich nach juristischer Consequenz noch immer selbstverständlich, aber doch nicht völlig platt erscheinen würde. Man muß dazu bedenken, daß noch dem Justinianischen Rechte die Eideszuschiebung weniger als ein Beweismittel neben andern erscheint, denn als ein, allerdings zwangsweise durchzusetzender, Vergleichsvorschlag. So wird z. B. Nov. 18, c. 8 von dem Kläger, der dem Beklagten über die numeratio pecuniae den Eid deferiert, gesagt, er verzichte auf die Beweisführung. Daher deferierte gar nicht immer bloß Der den Eid, welchen die Beweislast traf, sondern es kam auch vor, daß der Gegner, der seiner Sache sicher zu sein glaubte, um den Proceß kurz abzuschneiden, zur Eidesdelation griff.[7]) So konnte es also auch geschehen, daß, wer die exc. n. n. p. vorschützte, zugleich auch schon über das Ausbleiben der nachträgli-

ihrer lediglich den Nichtempfang constatirenden Schärfe, zugleich das trügerischeste“, so muß ich bekennen, den Sinn dieser Worte nicht fassen zu können — Mittel abgegeben habe, um den Beweis des Klägers zu paralysieren (vgl. auch Jahrb. f. d. Dogm. B. 1, S. 339). Hiernach wäre also gar heutzutage die Eideszuschiebung das gebräuchlichste Gegenbeweismittel! Diese Behauptung ist möglicher Weise aus einer Particularität des Kurhessischen Proceßrechtes geschöpft, welches mir nicht bekannt ist; aber für das gemeine Recht geht doch die in Theorie und Praxis herrschende Ansicht dahin, daß nach c. 2 X. de prob. 2, 19, oder wenigstens nach der Analogie dieser Decretale, der directe Gegenbeweis nie durch Eideszuschiebung geführt werden könne. Vgl. Linde, Lehrb. des Civilpr. §. 236. Heffter, System des Civilpr. §. 392. Bayer, Vorträge, Aufl. 8. S. 769 f. Wetzell, System des Civilpr. §. 27, S. 176 f. Cropp, jurist. Abh. Bd 1, No. 15, S. 272, u. No. 18, S. 380. Erk. des OT. zu Stuttgart v. 1850, bei Seuffert, Archiv, Bd. 4, No. 178.

[7]) Vgl. Paul. R. S. 2, 1, §§. 1. 2, so wie l. 13 C. de R. C. 4, 1. Wenn auch die alten Juristen bei der Controverse, welche Justinianus hier entscheidet, und

chen Zahlung, deren Eintritt sonst dem Producenten der Urkunde zu beweisen obgelegen hätte, den Eid zuschob, und nun konnte man meinen, daß dieser Ausweg mit dem Wegfalle der exc. n. n. p. dem Producten noch nicht abgeschnitten zu sein brauchte, da ja hier der Grund der Beschränkung der Exception eigentlich nicht zutraf. Vielleicht wollte Justinianus mit dem §. 3 vorzugsweise diese Auffassung ausschließen: übrigens ganz consequent, da doch auch diese Eidesdelation nur auf dem Boden der exc. n. n. p. vor sich ging, und der Aussteller sich ja die ganze exceptio leicht durch rechtzeitige Protestation sichern konnte.

Ueber die für diese Protestation im §. 4 der l. 14 cit. (zum Theil wiederholt als l. 21 C. de episc. aud. 1, 4) vorgeschriebenen Formen ist es überflüssig hier etwas Genaueres zu berichten.

Der Inhalt der sonstigen Justinianischen Gesetze über die exc. n. n. p. ist folgender. Nach l. 15 C. h. t. steht sie auch den Gläubigern zu, welche (z. B. bei Hypothekarklagen, oder wenn der Schuldner seine Güter abgetreten hat) in die Lage kommen, Verpflichtungen ihres Schuldners processualisch zu bestreiten, und zwar: „etiam eo supersedente tali auxilio uti", oder, wie es weiterhin heißt: „nec eo prohibeantur, quod principalis debitor ea nunquam usus est". Man kann bezweifeln, ob diese Worte bedeuten sollen, daß die Gläubiger sich noch auf die Nichtzahlung berufen können, nachdem der Schuldner schon, ohne von der ihm zustehenden exceptio Gebrauch zu machen, verurtheilt ist, oder daß sie auch noch nach der Verjährungsfrist die exc. n. n. p. gebrauchen können. Nach l. 16 C. h. t. findet die exc. n. n. p., wie sich von selbst versteht[8]), auch gegen Urkunden statt, in denen eine eidliche Bestärkung enthalten ist. Nach l. 5 C. in qu. caus. in int. rest. 2, 41 läuft den Minderjährigen, wie die übrigen kurzen Verjährungen, so auch die der exc. n. n. p. nicht, während sie bis dahin nur in integrum restitutio gegen den Ablauf derselben erlangen konnten.

In l. 16 C. de fide instr. 4, 21 hat Justinianus außerdem verordnet, daß Der der exc. n. n. p. verlustig gehen solle, welcher

---

welche sich an einen vom Erben dem angeblichen Legatar über die Errichtung des Legates zugeschobenen Eid knüpft, zunächst an einen außergerichtlichen Eid gedacht haben mögen, so ist doch natürlich ganz derselbe Fall auch beim gerichtlichen Eide denkbar, wie sich denn auch das Justinianische Gesetz auf diesen mitbezieht.

[8]) „Indubitati iuris est".

seine Handschrift ableugne und mit Zeugen überführt werde. Dieses Gesetz hat aber schon als lex restituta für uns keine praktische Bedeutung. Dasselbe gilt wohl von den Privatstrafen, welche durch Nov. 18, c. 8 u. 9[9]) auf unbegründetes Vorschützen der exc. n. n. p. gesetzt sind, endlich auch von dem mit dieser exceptio zusammenhangenden Privileg, welches den Argentarien durch Nov. 136, c. 6 gegeben ist. Bei dieser Novelle entscheidet außer dem Inhalte schon der Umstand, daß sie nicht glossiert ist.[10])

§. 13.

Die querela non numeratae dotis des Justinianischen Rechtes.

Eine zum Theil abweichende Natur ist, wie ich glaube, der querela non numeratae dotis des Justinianischen Rechtes zuzuschreiben. Freilich scheint es dem Justinianus selbst verborgen geblieben zu sein, daß er hier das Gebiet der exc. n. n. p. durch seine Verordnungen auf eine ganz singuläre Weise erweitere; denn wenn er auch die exc. n. n. dotis in besondern Gesetzen geregelt hat, so nennt er sie doch in l. 3 C. de dote c. et non num. 5, 15 nicht nur exc. n. n. pecuniae und bezeichnet sie in Nov. 100, pr. als einen Fall der „ἀναργυρία“ neben andern[1]), sondern läßt auch durch seine sonstige Ausdrucksweise durchaus nicht erkennen, daß er sich eines andern Unterschiedes zwischen beiden Instituten bewußt sei, als des die von ihm angeordneten Verjährungsfristen betreffenden.

Es ist schon oben[2]) hervor gehoben, in welchem Falle allein nach classischem Rechte bei der Dos von einer exc. n. n. p. die Rede sein konnte. Folgende zwei Stücke waren nothwendige Voraussetzungen: auf Seiten des Klägers keine actio rei uxoriae, auch nicht die Klage aus einer Stipulation „dotem reddi“ od. dgl., sondern die Klage aus einer certa stipulatio[3]); auf der andern Seite keine Gegenforderung aus einer dotis dictio oder promissio, sondern

---

[9]) Das cap. 8 ist im tit. C. de n. n. p. ausgezogen als Auth. Contra qui.

[10]) Die Uebersetzung, welche Bähr S. 335 als „Vulgata“ giebt, ist in Wahrheit die Halvandrische.

[1]) Exceptio non numeratae dotis heißt sie dagegen in l. 14, §. 4 C. de n. n. p. 4, 30 (l. 21, §. 1 C. de episc. aud. 1, 4).

[2]) §. 9, bei Anm. 3 und 4.

[3]) L. 74 D. de V. O. 45, 1.

einfaches Berufen auf den Nichteintritt des erwarteten Rechtsgrundes, der dotis datio.[4]) Alle in Bezug auf die Dos denkbaren Empfangsbescheinigungen und Quittungen blieben durch die etwanige Verjährung jener exc. n. n. p. zunächst ganz unberührt. Seitdem nun Theodosius II. jedes formlose Versprechen einer Dos für klagbar erklärt hatte[5]), war auch jener Fall praktisch so gut wie weggefallen. Denn im Zweifel war in jenem Vorgange, der Stipulation der noch zu gebenden Dos, zugleich, wenn kein ausdrücklicher vorlag, mindestens ein stillschweigender Vertrag zu finden, wodurch sich der Stipulator seinerseits zum Hingeben derselben verpflichtete: es war also damit die Dos schon bestellt. Gerade so behandeln wenigstens die Quellen den Fall, wo sich Jemand im Voraus eine Empfangsbescheinigung über die in Wirklichkeit noch zu gebende Dos vom Ehemanne im instrumentum dotale hat ausstellen lassen: mindestens im Justinianischen Rechte hat die (vielleicht interpolierte) l. 4 C. de dot. prom. 5, 11 (von Diocletianus und Maximianus) nur diese Bedeutung.[6]) Nunmehr gab es also, wenn die Ehe zur Zeit jener Stipulation schon bestand, oder nachher zu Stande kam, selbst in jenem Falle keine eigentliche exc. n. n. p. mehr, sondern nur eine Compensationseinrede gegen die actio ex stipulatu. Im andern Falle aber, wo nämlich der Bräutigam im Voraus promittiert hatte, und die Ehe sodann nicht geschlossen wurde, konnte freilich diese Compensationseinrede nicht stattfinden, weil natürlich das dem Bräutigam gegebene formlose Dotalversprechen (wie sogar schon die dotis nomine geschehene Promission[7]) als durch das Zustandekommen der

---

[4]) Ich lasse hier absichtlich den möglichen Zweifel unberücksichtigt, ob nicht selbst in diesem Falle, vom Standpuncte der actio praescriptis verbis aus, zu deren Zulassung man aus innern Gründen hier vielleicht geneigter sein möchte, als bei der Darlehensstipulation (vgl. §. 4, gegen Ende), dem Promissor statt der exc. n. n. p. auch eine, jedenfalls unverjährbare, Compensationseinrede zu Gebote gestanden haben würde: wobei als äußere Auctoritäten einerseits die Analogie der l. 4 C. de dot. prom. 5, 11, andrerseits aber die Stellen in Betracht zu ziehen wären, welche die Arten der Dosbestellung aufzählen, ohne den sogen. unbenannten Realcontract zu erwähnen.

[5]) L. 6 C. de dot. prom. 5, 11.

[6]) „Si voluntate dotantis in dotali instrumento plura tibi tradita scripsisti, quam suscepisti, intelligis de his, quae desunt, petendis pactum esse consecutum".

[7]) Vgl. Abh. I. §. 10, bei Anm. 35 u. 36.

Ehe bedingt zu gelten hatte; aber für die exc. n. n. p. war hier dennoch kein Raum, da der Bräutigam selbstverständlich das „centum dari“ nicht pure, sondern unter der Bedingung der l. 56, pr. D. sol. matr. 24, 3: „si quo casu Titia mihi nupta esse desierit“, promittiert hatte, also wegen Nichteintrittes derselben schon ipso iure gar nicht obligiert war. Da nun zudem, wie schon oben angedeutet, die gebräuchliche Stipulation in solchen Fällen ohne Zweifel keine certa, sondern eine incerta: „dotem restitui“ od. dgl., war, so würde es um so unersprießlicher sein, für das Justinianische Recht die Frage zu erörtern, ob vielleicht Das, was Justinianus über die „exc. non num. dotis“ verordnet hat, sich auf jene Compensationseinrede mitbeziehe.

Bei der Klage aus der Stipulation: „dotem restitui“, wie bei der actio rei uxoriae konnte in solchen Fällen nicht einmal von einer Compensationsrede gesprochen werden. Diese Klagen waren fundiert, wenn nur dem Ehemanne irgend ein Versprechen einer Dos gegeben war. Sodann aber sind zwei Fälle zu unterscheiden: entweder die Dos ist vom Kläger selbst, sei es die Frau oder deren Erben, sei es ein Dritter, oder sie ist von einem Andern, dessen Handlungen er nicht zu vertreten hat, bestellt. Im erstern Fall ging die Klage zunächst nur auf Liberation von dem Dotalversprechen[8]), und erst wenn der Kläger nachgewiesen hatte, daß diese Obligation schon durch Erfüllung von seiner Seite untergegangen sei, und der Bestand der Dos sich dadurch in die hingegebenen Sachen selbst verwandelt habe, erschienen diese als Gegenstand der Klage.[9]) Aehnlich genügte im

---

[8]) L. 38, §. 1 D. de pecul. 15, 1. l. 41, §. 4 D. de I. D. 23, 3. l. 30, §. 1. l. 66, §. 7 D.sol. matr. 24, 3.

[9]) Mit dieser Auffassung stimmt vollständig die Entscheidung des Papinianus in l. 1, pr. D. qui pot. in pign. 20, 4. Hiernach wird das Alter des Pfandrechtes, welches sich der Promissor der Dos für die ausbedungene Restitution vom Ehemann hat bestellen lassen, nicht vom Tage der wirklichen Auszahlung der Dos gerechnet, sondern schon vom Tage der Pfandbestellung: natürlich, weil die Klage auf Restitution zunächst schon durch die Promission der Dos an sich begründet ist. In der That liegt hier weder eine bedingte Pfandbestellung, noch eine Pfandbestellung für eine bedingte Obligation vor, da die an den Ehemann (nicht etwa an den Bräutigam) gerichtete Stipulationsfrage: „dotem mihi restitui spondes, si quo casu Titia tibi nupta esse desierit?“, wenn nur eine Dos schon promittiert ist, gar keine wahre Bedingung, sondern nur einen dies certus an, incertus quando enthält. Aehnlich ist die Stelle bereits erklärt von Buchta, Pandekten, §. 210, Note b, Huschke, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. Bd. 20,

zweiten Falle der beklagte Ehemann (oder seine Erben) bis auf Weiteres seiner Verpflichtung, wenn er die Klage aus dem Dotalversprechen dem Kläger cedierte[10]; nur gab es mancherlei Umstände, deren Nachweis ihn als auf die Sachen selbst verhaftet erscheinen ließ, außer der geschehenen Erfüllung nicht nur anderweitiger Untergang der Obligation durch seine eignen Handlungen[11], sondern schon bloßes unmotiviertes Zögern mit der Eintreibung der versprochenen Gegenstände, wobei, sobald das Zögern an sich feststand, den Beklagten die Beweislast traf, daß er in Betreff desselben außer Verschuldung sei.[12] In diesen Puncten standen sich die actio rei uxoriae und die Klage aus der Stipulation „dotem restitui" im Wesentlichen gleich, und jedenfalls trifft die obige Ausführung für die Justinianische actio ex stipulatu zu, welche nach l. un. pr. §. 1 C. de rei ux. act. 5, 13 die actio rei uxoriae ganz verdrängt hat, aber, wie diese, nach §. 2 eod. bonae fidei ist; denn natürlich hat man sich die Stipulation, welche nach diesem Gesetze bei jeder Dosbestellung fingiert werden soll,

---

S. 155 f., und Windscheid, im Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 35, S. 73 f. Dies contractae obligationis ist nach dieser Auffassung der Tag der von dem Besteller der Dos übernommenen Verpflichtung, welcher nach der species facti eben mit dem Tage der von dem Ehemanne übernommenen Verpflichtung und der Pfandbestellung zusammen fällt, und die Worte: „nec probe dici, in potestate eius esse, ne pecuniam residuam redderet, ut minus dotata mulier esse videatur", bedeuten: „es würde falsch sein, als Grund für die entgegengesetzte Meinung anzuführen, es stehe ja (was es wirklich thut) beim Ehemanne, sich durch Nichtannahme des Restes von der Verpflichtung zur Rückgabe desselben frei zu halten, als ob die Dos nur in dem schon Gezahlten bestände, und nicht vielmehr in der vom Besteller übernommenen Obligation, zu deren Restitution (durch Acceptilation) der Ehemann sofort verpflichtet ist." Das „eius" kann nämlich unmöglich auf den Besteller bezogen werden; denn wozu hätte es einer Widerlegung der Behauptung bedurft, es stehe in der Gewalt Dessen, der eine Summe promittiert hatte, ob er sie zahlen wolle? — Huschke a. a. O. behauptet zudem mit Unrecht (vgl. die vorige Note), daß die Klage auch des Bestellers gegen den Ehemann „im Falle verschuldeter Nichtbeitreibung" auf Restitution der Dotalsumme selbst gerichtet sei; Arndts, Pandekten, §. 384, Anm. 4, u. Brinz, Pandekten, Abth. 1, §. 78, S. 295, dagegen verkennen wiederum, daß die Verpflichtung zur Liberation schon eine genügende Grundlage für das Pfandrecht abgiebt.

[10]) Vgl. Paul. l. 44, §. 1 D. sol. matr. 24, 3: „necesse habebit maritus aut exactam dotem aut actiones ei praestare".

[11]) L. 35. 49 D. de I. D. 23, 3. l. 66, §. 6 D. sol. matr. 24, 3.

[12]) L. 33. 71 D. de I. D. 23, 3. l. 20, §. 2 D. de pact. dot. 23, 4. cf. l. 56, pr D. de I. D. 23, 3.

eher allgemein gefaßt („dotem restitui“ od. dgl.), denn als Stipulation der einzeln in dotem gegebenen Gegenstände zu denken. Mithin ist für alle diese Klagen klar, daß Das, was der Besteller der Dos als Kläger aus einer stipulatio certa nur zum Beweise einer der Compensationseinrede entgegen zu setzenden replica solutionis herzustellen hatte, ihm hier, wenn er anders auf Restitution der körperlichen Dotalsachen klagte, schon zur Begründung der Klage selbst darzuthun oblag.

Wenn hiernach im Justinianischen Dotalrecht kein Raum bleibt für eine eigentliche, materielle exceptio, auf welche der Name exc. n. n. pecuniae oder dotis wohl oder übel könnte angewandt werden, so ist es andrerseits klar, daß die gleichnamige Beweiseinrede gegen Empfangsbescheinigungen über die dem Ehemanne angeblich gegebenen Dotalsachen[13]) so gut denkbar ist, wie gegen jedes andere schriftliche Empfangsbekenntniß.

Ueber gewisse dieser Empfangsscheine über Dotalsachen hat nun Justinianus in l. 14, §. 1 C. de n. n. p. verordnet. Gegen diejenigen nämlich, welche nach Ausfertigung der „instrumenta dotalia“ ausgestellt, also als Quittungen über die in diesen versprochene Dos gegeben sind, soll gar keine exc. n. n. p. stattfinden, d. h. natürlich weder wenn sie vom Besteller zum Beweise des Klaggrundes, der Hingabe, noch wenn sie von ihm gegen den etwa klagenden Ehemann zum Beweise der Erfüllung seines Versprechens producirt werden. Man kann nur zweifeln, ob diese Bestimmung auch analog anzuwenden ist auf diejenigen Quittungen, welche die Erfüllung eines bloß mündlich gegebenen Dotalversprechens (nicht die Bestellung einer Dos durch datio) bescheinigen wollen. Wer diese Ausdehnung verwirft, für Den würde die weitere Frage entstehen, ob gegen diese letztern Quittungen in perpetuum exc. n. n. p. stattfinde, oder etwa die dreißigtägige exc. n. n. p. des §. 2 der l. 14 cit.[14]), oder endlich ob

---

[13]) Entweder eine solche, oder eine einfache Bestreitung der Wahrheit des bescheinigten Empfanges, hier von der Ehefrau (in dem Streite über die Inofficiosität des väterlichen Testamentes) als einer Dritten ausgehend, nennt Alexander in l. 1 C. Greg. de inoff. test. 2, 6 „querelam cautionis a marito tuo emissae, quasi non omnia tradita ei essent“, ohne daß dabei an eine querela non num. pec. oder dotis im technischen Sinne zu denken wäre.

[14]) Hier kommt in Betracht, was im §. 11 über die verschiedenen möglichen Auslegungen dieses §. 2 bemerkt ist.

sie mit unter die Vorschriften der l. 3 C. de dote c. et n. n. und der Nov. 100 fallen, in denen Justinianus zunächst die Verjährung der „exc. n. n. p." gegen eigentliche instrumenta dotalia hat regeln wollen.

Ich bin hier der gemeinen Meinung gefolgt, welche unter den „securitates, quae post confectionem dotalium instrumentorum de soluta dote ex parte vel in solidum exponuntur", Quittungen über die Erfüllung des Dotalversprechens versteht. Doch ist zu erwähnen, daß selbst die Richtigkeit dieser Auslegung nicht als feststehend gelten kann. Vielleicht hat vielmehr der Kaiser Quittungen gemeint, welche dem Ehemanne oder dessen Erben über die Restitution einer Dos, über deren Bestellung ein Dotalinstrument aufgenommen ist, von dem Rückempfänger ausgestellt werden.[15]) Eine Analogie hierzu würde im §. 2 für Diejenigen zu finden sein, welche die exc. n. n. p. nur gegen Quittungen über verbriefte Contractsschulden von der im princ. bezeichneten Art auf 30 Tage beschränken möchten. Wo, wie hier, nur ein unorganischer Haufe von willkürlichen Einzelbestimmungen vorliegt, giebt es keine innern Gründe, welche als Anhaltspuncte für die Entscheidung dienen könnten.

Für diejenigen Empfangsbescheinigungen, welche in den Dotalinstrumenten selbst enthalten sind, haben wir jedenfalls die Entscheidung aus l. 3 C. de dote c. et n. n. und Nov. 100 zu entnehmen. Nach dem erstern Gesetze verjährt die querela n. n. p. gegen Dotalinstrumente in einem Jahre nach Auflösung der Ehe; nach dem letztern, wodurch jenes abgeändert ist, gilt Dies nur noch, wenn die Ehe nicht länger als zwei Jahre dauert; wenn sie über zwei, bis zu zehn Jahren dauert, ist die Querel nach Ablauf von weitern drei Monaten ausgeschlossen, und sobald die Ehe zehn Jahre gedauert hat, findet die Querel gar nicht mehr statt. Für einen minderjährigen Ehemann soll die Frist sammt der Restitutionsfrist zwölf Jahre von der Eingehung der Ehe an nicht überschreiten, und wenn er innerhalb dieser Zeit stirbt, für seine volljährigen Erben nur noch ein Jahr betragen, für minderjährige Erben irgend eines innerhalb der Frist versterbenden Ehemannes dagegen höchstens fünf Jahre.

---

[15]) Ein Byzantinisches Scholion (sub lit. n., bei Heimb. Tom. II. pg. 665) berichtet von einem Falle, wo in der Praxis die letztere Auslegung zur Anwendung gekommen sei.

Nun gelange ich zu dem Puncte, wo in dieser sogenannten Beschränkung der exc. n. n. p. ein ganz neues Element auftritt. Jene Empfangsbescheinigung ist nämlich gar nicht der wesentliche, oder auch nur ein sehr gebräuchlicher beiläufiger Inhalt der Dotalinstrumente. Instrumenta dotalia oder nuptialia sind vielmehr Urkunden, durch welche das eheliche Güterverhältniß im Ganzen, namentlich auch im Interesse des Mannes der Betrag der Dos, festgestellt werden soll. Seit der Theodosischen l. 6 C. de dot. prom. ist in der letztern Festsetzung, insofern die Dos nicht ausnahmsweise schon gegeben ist, auch ohne hinzukommende Stipulation ein bindendes Versprechen des Bestellers zu erblicken. Es kann allerdings der Mann darin zugleich schon den Empfang bekannt haben, wie es in der oben (Note 6) angeführten l. 4 C. de dot. prom. vorkommt: und dann wird natürlich die Klage auf Naturalrestitution der Dos mit demselben bis zum Gegenbeweise bewiesen, wenn nicht der Beklagte den Grund seiner exc. n. n. p. dahin darthut, daß er für jenes Empfangsbekenntniß noch den gleichen Betrag hinterher erhalten sollte, oder wenn es, im entgegen gesetzten Falle, dem Kläger gelingt, diese nachträgliche Auszahlung anderweitig zu erweisen. Es werden aber auch instrumenta dotalia erwähnt, worin geradezu nur bezeugt ist, daß eine Dos versprochen sei, wie in l. 1 C. de dot. prom., und eine ganz gewöhnliche Form ist offenbar die gewesen, daß der Besteller schriftlich erklärte, er wolle eine Dos geben, oder er gebe hiermit eine Dos, oder er wolle hiermit eine Dos gegeben haben.[16]) So kommt es vom Vater der Frau in Justinianus' l. 7 C. de dot. prom. vor; auch für die Worte der l. 3 C. de dote c. et n. n.:

„In dotibus, quas datas esse dotalibus instrumentis conscribi moris est",

liegt diese Beziehung am nächsten, und Nov. 100, c. 1, §. 1 sagt geradezu:

„*Εἴτε ἡ γυνὴ ὡς τὴν προῖκα ἐπενεγκαμένη καταγράψειεν, εἴτε πατὴρ, εἴτε ἕτερός τις ὑπὲρ αὐτῆς*",

[16]) Gerade wie hier durch die Erklärung, man gebe gewisse Sachen zur Dos, ohne wirkliches Hingeben, ein Dotalversprechen geleistet wird, so ist die ohne wirkliche Tradition erfolgende Erklärung, man schenke hiermit gewisse Sachen, von welcher l. 35, §. 5 C. de donat. 8, 54 spricht, in Wahrheit ein Schenkungsversprechen.

oder nach der Vulgata:

„Sive mulier tamquam dotem offerens conscribat, sive pater, sive alter quispiam pro ea“.[17])

Hier kann natürlich von einem Beweismittel für die Realleistung der Dos, welches erst mit einer Beweiseinrede anzufechten sein würde, gar keine Rede sein; vielmehr muß der Besteller, wenn er nicht bloß Liberation, sondern Naturalrestitution der im Dotalinstrumente genannten Gegenstände verlangt, offenbar zur Begründung seiner Klage erst anderweitig darthun, daß er dieselben wirklich hingegeben habe.[18]) Dennoch fällt ohne Zweifel auch das Verlangen dieses Beweises nach der Meinung der Justinianischen Gesetze unter die dort geregelte exc. n. n. p., wie Dies besonders klar aus den eben citierten Worten der Nov. 100 hervorgeht. Mit andern Worten: wenn die gesetzliche Frist ohne Erhebung der Querel verstrichen ist, so wird angenommen, und zwar nach der Analogie der sonstigen Fälle der exc. n. n. p., so wie nach den Worten der Nov. 100, c. 1, §. 1: „*πρόδηλός ἐστι βουλόμενος, κἂν εἰ μὴ λάβοι τὴν προῖκα, ταύτην πάντως τοὺς αὐτοῦ κληρονόμους διδόναι*“[19]), ohne Gegen-

---

[17]) Ganz ähnlich heißt es z. B. in Nov. 61, c. 1, pr. von Dem, welcher eine donatio propter nuptias bestellt (nach der Vulgata): „Si quis conscripserit antenuptialem aut propter nuptias donationem ——, sive ipse pro se hoc faciens, sive etiam altero scribente“ etc.

[18]) Ob das Dotalinstrument Beweismittel für die Auszahlung der Dos war, oder nicht, entschied sich also in jedem einzeln Falle darnach, was darin geschrieben stand, womit natürlich vereinbar ist, daß factisch in den meisten Fällen kein Empfangsbekenntniß darin enthalten sein mochte. Dies hat Gneist, S. 33 f., verkannt, der freilich mit Recht bemerkt, daß Justinianus durch seine Verordnungen den Dotalinstrumenten eine bedingte Beweiskraft zum Erweise der Auszahlung der Dos beigelegt habe, von der (nämlich abgesehen von einem etwa zufällig darin enthaltenen Empfangsbekenntnisse, müssen wir hinzu fügen) sich im vorjustinianischen Rechte keine Spur finde, der aber völlig aus der Luft die Behauptung greift, daß ein Empfangsbekenntniß, wo es im Dotalinstrumente vorlag, ebenfalls Nichts bewiesen habe. Diocletianus und Maximianus, die in l. 4 C. de dot. prom. darin das Versprechen einer noch zu gebenden Dos finden, setzen ja schon als feststehend voraus, daß der Ehemann mit Einwilligung des Bestellers Mehr als empfangen bescheinigt, denn wirklich empfangen habe.

[19]) Vulgata (ed. Heimb.): „Palam est voluisse, vel si non accepit dotem, omnino eum (Variante eam) suos reddere heredes.“ Es ist unbegreiflich, wie Gneist, S. 92, diese Bestimmung, die ja eben so gut für den Mann selbst im Falle der Scheidung gilt (vgl. die folgenden Worte der Nov.), mit der Convalescenz der

beweis angenommen, daß die im Dotalinstrumente versprochene Dos nachher ausgezahlt sei.

Der directe Gegenbeweis gegen ein etwa im Dotalinstrumente enthaltenes Empfangsbekenntniß bleibt natürlich auch von diesen gesetzlichen Bestimmungen theoretisch ganz unberührt. Aber da es im Justinianischen Rechte mit Klagänderungen nicht genau genommen wurde, so konnte Der, welcher wegen eines solchen Gegenbeweises mit seiner anfänglichen Behauptung einer dotis datio nicht durchkam, sofort sich darauf stützen, daß dann also, nach l. 4 C. de dot. prom., ein Dotalversprechen vorliege — was in den meisten derartigen Fällen zugetroffen haben wird —, und damit war denn die Sache wieder in die Lage gebracht, nach den Vorschriften der Nov. 100 beurtheilt zu werden. Und ferner war gegen die in l. 14, §. 1 C. de n. n. p. genannten Dotalquittungen, wie von vorn herein die exc. n. n. p., so mit dem Wegfalle der „exc. n. n. p." gegen das Dotalinstrument selbst praktisch, wenn es nicht etwa auf die Zeit der Auszahlung ankam, der directe Gegenbeweis ausgeschlossen, freilich nur insofern diese Quittungen selbst zum Beweise der Auszahlung dann gar nicht mehr nöthig waren.

Gerade so wirksam, wie für den Angriff, muß natürlich das Dotalinstrument nach Ablauf der Frist für die Vertheidigung in den Fällen sein, wo der Besteller zugleich der zum Rückempfange Berechtigte ist. Der Ehemann muß hier, wenn er die Frist ohne Protestation hat verstreichen lassen, auch mit seiner Klage auf Erfüllung des Dotalversprechens ausgeschlossen sein: auch diese muß demnach als ein Fall der „querela non numeratae dotis" erscheinen; denn sonst würde ja durch eine Compensationseinrede dem Besteller doch derselbe Beweis zugeschoben werden können, von dem die Nov. 100 ihn gerade befreien will.

Schwierig wird die Anwendung des Gesetzes auf Fälle, wo Besteller und Rückempfänger der Dos nicht eine und dieselbe Person sind, sondern ein Dritter die Dos bestellt, ohne sich selbst die Restitution auszubedingen, also nach Auflösung der Ehe die Dos der Frau oder deren Erben zukommt. Hier würde die „querela n. n. p."

Schenkungen unter Ehegatten zusammenbringen mag. Aber freilich, nach Gneist (a. a. O.) convalescirt die Schenkung nicht nur durch den Tod, sondern auch durch Scheidung!

eine ganz verschiedene Gestalt annehmen, je nachdem sie durch Klage auf Erfüllung gegen den Besteller, oder vertheidigungsweise gegen die „actio ex stipulatu" der Frau geltend gemacht wird. Man kann zweifeln, ob die Nov. 100 mit den Worten: „*εἴτε ἕτερός τις ὑπὲρ αὐτῆς*" diesen Fall überhaupt im Auge hat, und ob hierbei nicht vielmehr vorausgesetzt ist, daß der Besteller sich selbst den Rückfall vorbehalten habe. Nimmt man aber das Erstere an, so ist es zunächst gewiß, daß die Verjährung der Querel jedenfalls dem Besteller zu Gute kommt, wenn er auf Erfüllung belangt wird. Denn auch dieser wird als Einer genannt, gegen welchen die Protestation gerichtet werden muß[20]): daraus würde also folgen, daß der Ehemann, wenn er innerhalb der Frist nicht protestiert hat, den Besteller später nicht mehr auf Auszahlung der im Dotalinstrumente festgesetzten Dos verklagen kann. Sehr zweifelhaft würde es aber noch immer bleiben, ob das Gesetz auch zu Gunsten der die Restitution der von einem Dritten versprochenen Dos fordernden Frau irgend welche Anwendung finden könnte. Denn hier liegt die Sache schon nach allgemeinen Grundsätzen so, daß die Frau nach Verlauf einer mäßigen Zeit, auch ohne einen besondern Beweis der Auszahlung zu führen, die körperliche Restitution der versprochenen Dotalsachen verlangen kann, wenn nicht der Mann seinerseits besondere ihn befreiende Umstände nachweist; denn dieser ist ihr zu rechtzeitiger Eintreibung des Versprochenen verpflichtet und unterläßt dieselbe regelmäßig nur auf seine eigne Gefahr.

Endlich könnte noch die Frage aufgeworfen werden, ob die Nov. 100 auch auf eine bloß mündlich versprochene Dos analog anzuwenden sei, so daß auch diese nach Ablauf der Frist ohne Weiteres als wirklich ausgezahlt gelten müßte; hierzu sind wir jedoch wohl schwerlich berechtigt; vielmehr scheint der, freilich juristisch nicht zu billigende, Gedanke des Gesetzgebers der gewesen zu sein, daß eben die Urkunde nach jener Frist zugleich als unanfechtbares Beweismittel für die Realleistung der in ihr versprochenen Dos dienen müsse.

---

[20]) Nov. 100, c. 1, §. 1: „*Δεῖ πάντως γνωσθῆναι τῇ γυναικὶ ἢ τῷ τὴν προῖκα ὅλως ἐπιδοῦναι καταγράψαντι*". Vulgata: „Oportet omnino innotescere mulieri aut ei, qui dotem omnino offerre conscripsit".

Man wird sich vielleicht wundern, daß ich die beiden vorjustinianischen Rescripte, welche der Titel de dote cauta et non numerata enthält, bei der hier gegebenen Darstellung nirgends erwähnt habe. Der Grund liegt darin, daß sie in der That nur Entscheidungen enthalten, die sich unter allen Umständen von selbst verstehen würden, aber, mindestens in ihrer ursprünglichen Bedeutung, jeder Beziehung auf eine exc. non num. dotis entbehren. In l. 1 C. h. t. sagen Severus und Caracalla Folgendes: „Die Dos entsteht durch die Auszahlung, nicht durch das Einschreiben ins Dotalinstrument: daher kannst du nur dann auf Restitution der Dos klagen, wenn du darzuthun im Stande bist, daß du wirklich eine gegeben hast." Unter der „scriptura dotalis instrumenti"[21]) ist hier natürlich eine in dieser Urkunde abgegebene Erklärung der Frau zu verstehen, sie wolle hiermit die und die Sachen zur Dos geben, worin bekanntlich nach classischem Recht noch keine wahre Dosbestellung, und selbstverständlich kein Beweis für die wirkliche Hingabe lag.[22]) Seit Theodosius II. enthielt dagegen eine solche Erklärung allerdings eine Dosbestellung, weil ein Dotalversprechen, und so muß im Sinne des Justinianischen Rechtes die Stelle dahin verstanden werden, die Klage auf Restitution der im Dotalinstrument versprochenen Dotalsachen stehe der Bestellerin nicht anders zu, als wenn sie die wirkliche Auszahlung beweise. Erst aus l. 3 C. h. t. und Nov. 100 muß dazu ergänzt werden, daß dieser Beweis nur während einer gewissen Frist verlangt werden könne.

Sodann entscheidet Alexander in l. 2 C. h. t.: wenn der Mann in der Absicht, der Frau zu schenken, während der Ehe einige von seinen Sachen als Dotalsachen ins Dotalinstrument eingetragen habe und ohne Widerruf gestorben sei, und sonst die Erfordernisse einer gültigen Schenkung vorliegen („quatenus liberalitas interposita munita est"), so könne die Wittwe gegen

---

[21]) Es ist ganz überflüssig, mit Bähr, S. 328, hierbei an eine Stipulation entweder auf Auszahlung, oder auf Restitution der Dos, zu denken.

[22]) Ganz eben so sind l. 5 C. de falsa causa adi. 6, 44 (von Diocletianus und Maximianus) und l. 15 C. Th. de bon. proscr. 9, 42 (von Arcadius und Honorius) zu erklären.

die Erben auf Auslieferung jener Sachen klagen. Diese Constitution gehört in der That nur ganz äußerlich in diesen Titel, insofern sie von Sachen spricht, die als Dos eingetragen, aber nicht wirklich gegeben sind; eine Anwendung der Verjährung der l. 3 C. h. t. oder der Nov. 100 auf einen solchen Fall ist gar nicht denkbar.

Vierter Abschnitt.

Rechtfertigung der aufgestellten Ansicht.

---

§. 14.

Widerlegung der gemeinen Lehre.

Es bleibt mir jetzt noch übrig, die hier gegebene Darstellung sowohl der gemeinen Lehre, wie auch der Bähr'schen Ansicht gegenüber zu rechtfertigen. So lange ich es aber nur mit der erstern zu thun habe, kann ich mich im Wesentlichen eben den Deductionen anschließen, durch welche Bähr die Unhaltbarkeit derselben darzuthun bestrebt gewesen ist.

Es bietet diese herrschende Lehre, wenigstens in der Gneist'schen Auffassung, dem Angriffe eine doppelte Blöße dar: einmal die Behauptung selbst, daß die querela, resp. exceptio, non num. pec. ein Rechtsmittel sei, durch welches gewissen Empfangsbekenntnissen die ihnen sonst zukommende Beweiskraft entzogen werde; sodann die Art und Weise, wie dieses angebliche Institut mit der alten exc. doli und n. n. p. des Formularprocesses in Verbindung gebracht wird. Viele ältere Rechtslehrer setzen sich zwar diesem letztern Angriffe nicht aus, aber nur deshalb nicht, weil sie den doch offenbar vorhandenen historischen Zusammenhang Dessen, was nun immer im Justinianischen Recht „exc. n. n. p." heißen mag, mit der exceptio des Formularprocesses, anders als Gneist, ganz außer Augen lassen und über das Verhältniß dieser beiden Institute gar keine Ansicht aussprechen.

Was zuvörderst die praktisch wichtigste Frage, die Frage wegen der Beweiskraft der Darlehnsscheine und der sonstigen hier in Betracht kommenden Empfangsbekenntnisse, betrifft, so darf wohl davon ausgegangen werden, daß ein vernünftiger legislativer Grund für die angebliche Singularität des Römischen Rechtes, welche denselben, wenn der Aussteller nicht während einer geraumen Zeit ganz still sitzt, verbieten soll, dem Zwecke des Beweises zu dienen, um dessentwillen allein sie von den Parteien ausgestellt und genommen werden, noch nie erdacht worden ist. Zwei sehr schwache Gründe werden, zwar wohl dafür angegeben: einmal daß erfahrungsmäßig Schuldscheine und Quittungen oft im Voraus ausgestellt werden, und daß man daher aus diesem Vorgange nicht mit Sicherheit schließen könne, daß das Geld wirklich gezahlt sei[1]); sodann daß die Nichtzahlung eine Negative sei, die sich nicht füglich erweisen lasse.[2]) Gegen die erstere ratio legis streiten alle Erwägungen, durch welche sich überhaupt die Beweiskraft außergerichtlicher Geständnisse rechtfertigt, namentlich die, daß Keinem ein Unrecht geschieht, wenn seinen ihm selbst nachtheiligen Aussagen, welche er absichtlich zum Zwecke des Beweises dem Gegner zur Verfügung gestellt hat, bis auf Weiteres geglaubt wird. Allerdings geschieht ihm von Seiten dieses Gegners großes Unrecht, wenn dieser jene Aussagen benutzt, ohne die verabredete Gegenleistung gemacht zu haben; aber welchen Sinn hätte es, wegen dieses möglichen Mißbrauches auch da, wo derselbe nicht bewiesen ist, den Gebrauch auszuschließen? Es wäre gerade so, als wollte man den Zeugenbeweis deshalb abschaffen, weil erfahrungsmäßig oftmals ganz unglaubwürdige Leute als Zeugen vorgeschlagen werden.

Wo möglich noch abgeschmackter, ja geradezu lächerlich ist die Erklärung, welche aus der Schwierigkeit, eine Negative zu beweisen, hergenommen wird.[3]) Also weil der Gegenbeweis gegen ein positives Beweisthema schwer zu erbringen ist, darum wird er dem Beklagten ganz erlassen, und statt Dessen lieber dem Kläger auferlegt, Das,

---

[1]) Vgl. z. B. Cropp, jur. Abh. Bd. 1, No. 18, S. 343. Gneist a. a. O. S. 21 f. 278 f.

[2]) Vgl. z. B. Cropp a. a. O. — Viele vortreffliche Bemerkungen gegen beide Rechtfertigungsversuche finden sich bei Bähr a. a. O. S. 301 f.

[3]) Diese verwirft auch Gneist a. a. O. S. 23 f.

was er schon dargethan, nochmals mit andern Beweismitteln darzuthun! Zu verwundern bleibt dabei nur, warum denn nicht auf Grund derselben Betrachtung von jedem Beweisführer statt eines einfachen Beweises gleich ein doppelter verlangt wird.

Trotz der vollendeten Sinnlosigkeit dieser angeblichen ratio legis ist jedoch, wenn die herrschende Lehre den Begriff der exc. n. n. p. richtig gefaßt hat, gerade diese die einzige, die quellenmäßig genannt werden darf. Die erst besprochene wird dagegen in den Quellen mit keinem Worte erwähnt.[4]) Allerdings beginnt die l. 3 C. de dote c. et n. n. 5, 15: „In dotibus, quas datas esse dotalibus instrumentis conscribi moris est, quum adhuc nulla datio, sed pollicitatio tantum subsecuta sit, liceat non numeratae pecuniae exceptionem opponere“ etc.; aber ich habe schon im §. 13 bemerkt, daß gerade hier, bei der exc. non num. dotis, gar nicht wesentlich ein Empfangsbekenntniß vorausgesetzt wird, und so können denn die angeführten Worte auch nicht dazu bestimmt sein, das Motiv anzugeben, weshalb ein solches Nichts beweisen solle.

Aber Das ist nicht zu bestreiten: die l. 10 C. h. t. nennt den bei der exc. n. n. p. die Zahlung Leugnenden Einen, „cuius naturali ratione probatio nulla est, et ob hoc ad petitorem eius rei necessitatem transferentem“, und erklärt aus dieser den Kläger drückenden Beweislast die Einführung der Verjährung: wenn also die Vernichtung der Beweiskraft des Schuldscheines durch exc. n. n. p. für die gemeine Meinung nicht etwa schon anderweitig feststeht, sondern, wie wirklich der Fall ist, aus dieser Stelle und ganz ähnlich lautenden gerade erst abgeleitet werden soll, so können Diocletianus und Maximianus nicht diejenige „naturalis ratio“, d. h. dasjenige allgemeine Rechtsprincip, im Sinne gehabt haben, wonach Jeder, der ein Fundament des gegnerischen Anspruches bloß ableugnet, in dieser Beziehung nicht den Hauptbeweis zu führen

---

[4]) Wie man darauf hat verfallen können, für dieselbe als Belege Stellen zu citieren, in denen es heißt: „wenn die cautio im Voraus (richtiger: „in der Erwartung, Geld dagegen zu bekommen,“) ausgestellt, und das Geld nicht gezahlt ist, so findet exc. n. n. p. statt“, ist unbegreiflich. Ist denn Dies eine Erklärung dafür, weshalb Das, was hier als Bedingung genannt wird, auf die bloße Behauptung hin geglaubt werden soll? Und wo liegt darin auch nur die Andeutung, daß ein Fall, wie der erwähnte, erfahrungsmäßig häufig vorkomme?

hat[5]) — dann nämlich würde man mit Recht einwerfen, wie denn dabei im vorliegenden Falle eine Härte gegen den Kläger herauskomme, welche diese auffallende Verjährung rechtfertige —; sondern sie müssen unter naturalis ratio die gewöhnliche factische Sachlage, daß nämlich die Führung eines negativen Beweises eine schwierige Aufgabe ist, verstanden haben, um hieraus („ob hoc") das singuläre Verlangen weitern klägerischen Beweises zu erklären![6])

Zum Glück sind nun aber die reſcribierenden Kaiser von dieser abgeschmackten Begründung des singulären Rechtssatzes freizusprechen, da derselbe überhaupt nie im Römischen Rechte existiert hat. Denn wo fände sich entweder in der l. 10 cit., oder in der l. 3 C. h. t., nach welcher ebenfalls bei Vorschützung der exc. n. n. p. der Kläger die Geldzahlung zu erweisen hat, oder endlich in denjenigen Justinianischen Gesetzen, in welchen derselbe Rechtssatz voraus gesetzt ist, wie tit. I. de lit. obl.[7]), Nov. 18, c. 8, und Nov. 100, eine Andeutung, daß die exc. n. n. p. die einem Empfangsscheine entgegen gesetzte bloße Behauptung des Beklagten sei, das Geld dennoch nicht empfangen zu haben? — Um diese Bedeutung von exc. n. n. p. dreht sich ersichtlich die ganze Frage: und gerade für diesen Hauptpunct hat man sich von je her des Beweises überhoben geglaubt. Und aus welcher Aeußerung unserer Rechtsquellen wäre auch ein solcher Beweis zu entnehmen? Doch nicht etwa daraus, daß Justinianus die Thätigkeit Dessen, der gegen eine Urkunde quer. n. n. p. erhebt, so bezeichnet: „non esse sibi solutas pecunias vel alias res dicere"?[8]) Denn warum müßten wir diese Worte so

---

[5]) Also dasselbe Rechtsprincip, welches dieselben Kaiser mit ähnlichen Worten in l. 23 C. de prob. 4, 19 aussprechen: „Actor, quod asseverat, probare se non posse profitendo reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit, quum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit".

[6]) Es ist einleuchtend, daß Diejenigen, welche in der exc. n. n. p. auch nach der gemeinen Lehre außer der Verjährung gar keine Singularität finden, die l. 10 cit. nur in dem erstern Sinne auslegen können, dann aber freilich sich von Rechts wegen auch nicht für die mangelnde Beweiskraft des Empfangsscheines darauf berufen dürften. Jedenfalls durfte also im §. 1 (S. 138) bei der Widerlegung der Ansichten von Liebe und Sintenis jene Auslegung als die einzig mögliche vorausgesetzt werden.

[7]) Vgl. auch Theoph. ad h. l.

[8]) L. 14, §. 2 C. h. t. Aehnliche Ausdrücke finden sich auch in l. 16, pr. C. de fide instr. 4, 21. Nov. 18, c. 8. Nov. 100, c. 1, pr. (Die letzte Stelle hat noch das Besondere,

verstehen, als erschöpften sie schon den ganzen Inhalt der Behauptungen des Querenten? — Wir wissen aus jenen Stellen bis auf Weiteres nur, daß es eine exceptio giebt, non numeratae pecuniae genannt, bei welcher der Kläger die Auszahlung einer gewissen Geldsumme zu erweisen hat; sie lassen uns aber freien Spielraum, aus dem Zusammenhange des Römischen Rechtssystemes zu ermitteln, was für ein Rechtsmittel wir uns im Uebrigen unter jener exceptio zu denken haben. Nun aber führt uns dieser Zusammenhang vor allen Dingen darauf, unter einer exceptio, so lange es irgend möglich ist, nichts Anderes zu verstehen, als eine gegen einen ipso iure begründeten Anspruch aufgestellte selbständige Schutzbehauptung des Beklagten, deren Fundament natürlich letzterer zu erweisen haben wird. Ich glaube, daß für die Zeit des Formularprocesses durchaus kein Grund vorliegt, jemals etwas Anderes darunter zu verstehen. Finden wir nun aber, daß im Justinianischen Rechte auch eine processualische Einwendung von anderm Charakter unter demselben Namen mitbegriffen wird, nämlich eine Anfechtung einer Beweisurkunde, so muß uns eine gesunde Interpretationsmethode zunächst zu dem Versuche führen, diese Uebertragung des Namens daraus zu erklären, daß zwischen dieser neuen exc. n. n. p., der Beweiseinrede, und jener alten, wahren exceptio in dem materiellen Fundament und in der Vertheilung der Beweislast kein Unterschied stattfinde: wie ich es in meiner obigen Darstellung gethan habe.

Auf diese Weise wird die für die herrschende Lehre unumgängliche Annahme vermieden, daß unter der exc. n. n. p., welche Ulpianus in l. 4, §. 16 D. de doli exc. 44, 4 und l. 29, pr. D. mand. 17, 1 als materiell gleichbedeutend mit einer gewöhnlichen, der Stipulationsklage entgegen zu setzenden exc. doli nennt, und der exc. n. n. p. des Codex und der Institutionen zwei wesentlich verschiedene Dinge zu verstehen seien: eine Annahme, welche nicht nur angesichts der gesetzlichen Einheit der Justinianischen Rechtsbücher höchst bedenklich ist, sondern auch bei vorurtheilsfreier Betrachtung einzeler in dem tit. C. de non num. pec. enthaltenen Rescripte kaum durchführbar erscheint. Denn spricht nicht, gerade wie jene Stellen des Ulpianus, so auch

daß sie von der quer. n. n. dotis spricht, bei welcher, wie erwähnt, gar nicht nothwendig die Anfechtung eines Empfangsbekenntnisses vorausgesetzt wird.) Auch l. un. §. 4 C. Th. si cert. pet. 2, 27 hat: „sed nihil sibi numeratum pro hac obligatione causetur“.

die l. 3 C. h. t. von der exc. n. n. p. als einem nur äußerlich von der exc. doli verschiedenen Rechtsmittel? Und ist nicht die einzige Voraussetzung, welche die l. 9 C. h. t. für die hier fragliche exc. in factum, also für die exc. n. n. p., macht, eine Stipulation, ohne daß eines schriftlichen Empfangsbekenntnisses nur mit einer Silbe gedacht würde?

Noch unvereinbarer mit der gemeinen Lehre ist der §. 2 I. de exc. 4, 13 (s. unten S. 294 f.). Hier beschreibt Justinianus die exc. n. n. p. fast mit denselben Worten, wie G. 4, 116 die exc. doli gegen eine Stipulationsklage, und fügt dann, unter ausdrücklicher Bezugnahme auf den tit. I. de lit. obl., hinzu, die Fristen für diese exceptio habe er in l. 14 C. h. t. eingeschränkt. Natürlich weiß sich Gneist (S. 315 f.) hier nicht anders zu helfen, als daß er statt der Stipulation eine Stipulationsurkunde supponiert, in welcher die Auszahlung des Geldes bezeugt sei. Wie ist es aber möglich, dem Justinianus in der Relation seines eignen Gesetzes eine solche Ungenauigkeit zuzutrauen? Sollte man nicht vielmehr meinen, daß er selbst seine Verordnung wohl richtiger verstanden haben werde, als die spätern Ausleger? Theophilos spricht freilich an dieser Stelle gleichfalls von einer Stipulationsurkunde; aber offenbar verhält sich diese hier zu der im Texte der Institutionen schlechthin genannten Stipulation, wie ein Beispiel zur Regel, allerdings wie ein im Leben sehr gewöhnliches Beispiel.[9])

Dazu kommt nun, daß die Quellen, wo sie von unserem Institute reden, nirgends merken lassen, daß außer der Verjährung bei demselben eine Singularität stattfände.[9a]) Wäre die gemeine Meinung richtig, so würde die Art, wie die Institutionen und Theophilos im tit. de lit. obl. von der exc. n. n. p. sprechen, geradezu unbegreif-

[9]) Arndts, krit. Ueberschau, Bd. 4, S. 236, sagt, seines Wissens habe noch Niemand behaupten mögen, daß auch gegen bloß mündliche Stipulationen die exc. n. n. p. zeitlich eingeschränkt sei. Jedoch hat jedenfalls schon Heimbach, Creditum, S. 646, Dies behauptet. (Wie er Dies mit seinen sonstigen Ansichten von der exc. n. n. p. in Einklang bringen will, ist freilich unklar.) Aber noch mehr: gerade der von Arndts dort recensierte Bähr ist, wenn ich ihn recht verstehe, derselben Ansicht; denn obwohl seine Darstellung von der Einführung der Verjährung (S. 310 ff.) zweideutig ist, so können doch seine Bemerkungen auf S. 298 nicht wohl anders verstanden werden. In den Jahrbb. f. d. Dogm. Bd 2, S. 339. spricht freilich auch er wieder nur von der Einschränkung der exc. n. n p. „wider Darlehns-Stipulationsscheine".

[9a]) In l. 5 C. in qu. caus. in int. rest. 2, 41 nennt Justinianus nicht, wie Gneist a. a. O. S. 400 und Sintenis, Civilr. Bd. 2, S. 260, Anm. 28, meinen, die exc. n. n. p., sondern die in integrum restitutio ein „beneficium".

lich sein. Einmal muß Das, was sie so nennen, nach ihrer Darstellung eine Zeit lang in perpetuum zulässig gewesen sein; denn sie reden von der Verjährbarkeit der exc. n. n. p. so, als sei sie durch kaiserliche Rescripte erst eingeführt, nachdem das Institut selbst schon bestand. Dies haben nun zwar einzele Anhänger der gemeinen Lehre auch wirklich angenommen; doch liegt auf der Hand, daß Dies innerlich noch viel unwahrscheinlicher ist, als der nur zeitweilige Ausschluß der Beweiskraft von Empfangsbekenntnissen. Daher erklärt sich auch z. B. Gneist (S. 18) entschieden gegen jene Ansicht; aber eben der Widerstreit, in welchen er dadurch mit der Institutionendarstellung geräth, macht allein schon seine Auffassung der exc. n. n. p. unhaltbar. Sodann aber unterlassen es die Institutionen, obgleich für Lernende bestimmt, welche sich bei den bloßen Worten exc. n. n. p. unmöglich Das denken konnten, was die herrschende Ansicht darunter versteht, auch nur mit einem Worte der sich daran knüpfenden beweisrechtlichen Singularität zu erwähnen; Theophilos schildert, wie hart es für den Inhaber eines Empfangsbekenntnisses, gegen das noch Geld gezahlt werden sollte, sei, sich sagen lassen zu müssen: „Δεῖξον ὅτι ἀπηρίθμησας“, und fügt nicht einmal, um diese Härte ersichtlich zu machen, hinzu, daß nämlich ein Darlehnsschein innerhalb der betreffenden Verjährungsfrist ausnahmsweise Nichts beweise! Wie wäre Dies möglich, wenn die Verfasser in der exc. n. n. p. eine Singularität gefunden hätten? Wie könnte man ihnen aber, so lange man sie nicht für blödsinnig hält, zutrauen, daß sie die mangelnde Beweiskraft dieser besondern Empfangsbekenntnisse für etwas aus der Regel des Rechtes Selbstverständliches angesehen hätten?

Nun haben wir in der That ein Gesetz in unsern Quellen, welches Jedem, der nicht mit einer vorgefaßten Meinung an die Erklärung geht, sogar den directen Beweis liefern muß, daß die exc. n. n. p. vor allen Dingen von dem Excipienten den Beweis der subjectiven causa verlangt. Dies ist die l. 7 C. h. t., welche zwar ursprünglich nur von der eigentlichen exc. n. n. p. gegen Stipulationsklagen redet, im Justinianischen Rechte aber natürlich eben so wohl auf die Beweiseinrede gegen schriftliche Geständnisse zu beziehen ist. Sie lautet:

„Si quasi accepturi mutuam pecuniam adversario cavistis, quae numerata non est, per condictionem obligationem repetere, etsi actor non petat, vel exceptione non numeratae pecuniae adversus agentem uti potestis“.

Wenn sonst in irgend einer Stelle des Corpus iuris die Zuständigkeit eines Rechtsmittels von einer Bedingung abhängig gemacht wird, so bezweifelt Niemand, daß Derjenige, welcher sich dieses Rechtsmittels bedient, die Existenz dieser Bedingung im Bestreitungsfalle zu beweisen habe. Folglich würde hier der Excipient (resp. Condicent) vor allen Dingen darthun müssen, daß er in der Meinung, alsbald eine gleiche Geldsumme zu empfangen, die Rückzahlung der Summe promittiert, bez. die Auszahlung derselben bescheinigt habe. Aus welchem Grunde sollte sich Dies nun hier anders verhalten? Reichte statt des Beweises die bloße Behauptung aus, so müßte es offenbar heißen: „si quasi accepturos mutuam pecuniam adversario vos cavisse dicitis, quae numerata non sit".

Die angeführten Gründe reichen zur Widerlegung der herrschenden Ansicht sowohl für das ältere, als auch für das Justinianische Recht gewiß aus. Es ist daher eigentlich überflüssig, noch besonders darauf hinzuweisen, daß für die Zeit des Formularprocesses ein so willkürliches, positives Eingreifen der Gesetzgebung in das Beweisrecht, wie das hier fragliche, selbst wenn dasselbe innerlich weniger unsinnig wäre, beispiellos sein würde[10]), und daß es für die genannte Periode nicht nur, wie oben erwähnt, nicht nöthig, sondern geradezu unmöglich sein würde, eine Einwendung gegen ein Beweismittel, von der doch in der Formel Nichts gestanden haben kann, exceptio zu nennen.

Diese Unmöglichkeit hat übrigens auch Gneist eingesehen. Daher nennt er sein Beweisbeneficium, streng genommen, nicht exceptio, sondern querela non numeratae pecuniae, und läßt die Uebertragung der erstern Bezeichnung auf die Fälle, wo keine Stipulationsurkunde, sondern ein einfacher Schuldschein vorlag, erst nach dem Verfalle des Formularprocesses eintreten.[11]) Exceptio n. n. p. im Sinne des Codex und der Institutionen ist ihm ursprünglich nur die exc. doli gegen eine Stipulation in dem besondern Falle, wo in der Stipulationsurkunde eine (nicht in bestimmter Vergangenheit) geschehene Zahlung bezeugt ist: in welchem Falle dann eben in Folge des neuen Rechtes der querela n. n. p. der Kläger die Zahlung des Geldes noch anderweit habe darthun

[10]) Vgl. Bähr a. a. O. S. 299.

[11]) Gneist a. a. O. S. 313 f.

müssen.[12]) Von einer Umkehrung der Beweislast sei hier aber keine Rede; denn jeder exc. doli gegenüber müsse der klagende Stipulator den Nachweis einer causa führen[13]); nur könne er hier zu diesem Zwecke das in der Urkunde enthaltene Empfangsbekenntniß nicht brauchen. — Hiermit habe ich nun die oben erwähnte zweite Schwäche der Gneist'schen Auffassung berührt. Denn nach meiner Ansicht ist dieser Versuch, das angebliche Beweisbeneficium mit der exc. doli des Formularprocesses in einen historischen Zusammenhang zu bringen, als ein völlig mißlungener zu betrachten.

Zuvörderst ist zu fragen: wenn exc. n. n. p. in l. 3 und l. 10 C. h. t. nach Gneist's Ansicht — die ich insoweit für richtig halte — wirklich nur eine echte exceptio bedeutet, und diese Stellen in der That nur die Beweislast bei derselben nach allgemeinen Grundsätzen vertheilen, woher bekommt dann Gneist noch den weitern Satz, daß unter die hierbei zu benutzenden Beweismittel das Empfangsbekenntniß nicht zu rechnen sei? Gerade aus l. 3 und l. 10 citt. meint man diesen Satz sonst ableiten zu können[14]); aber dazu wird vorausgesetzt, daß man unter exc. n. n. p. etwas Anderes versteht, nämlich die einem Empfangsbekenntnisse entgegen gesetzte Ableugnung des Empfanges. — Indessen Dies war hier nur noch beiläufig anzuführen; hauptsächlich handelt es sich in diesem Zusammenhange darum, zu zeigen, daß einer Stipulationsklage gegenüber eine exc. n. n. p. in dem von Gneist gemeinten Sinne völlig undenkbar ist. Denn zuvörderst ist es, wie ich in der ersten Abhandlung (§§. 3 u. 4) bewiesen habe, ganz unrichtig, daß die bloße Vorschützung der exc. doli den Stipulator im Allgemeinen in die Nothwendigkeit versetze, eine causa für die Stipulation nachzuweisen. Wenn also der Stipulator aus einer bloß mündlichen Stipulation klagt, oder wenn er wenigstens die aufgenommene Urkunde nicht im Processe produciert, so braucht er außer der Stipulation selbst nichts Weiteres zu beweisen, bis der Beklagte seinerseits einen Beweis hinsichtlich der von ihm behaupteten causa geführt hat: wie könnte der Kläger nun deshalb ungünstiger gestellt sein, weil er eine Urkunde beibringt, die außer der Stipulation sogar noch eine vorangegangene oder gleichzeitige

[12]) A. a. O. S. 277 ff.
[13]) A. a. O. S. 285.
[14]) Wie noch Gneist selbst, a. a. O. S. 19.

Geldzahlung bezeugt?[15]) Ja noch mehr: selbst nach Gneist's Lehre von der Wirkung der exc. doli braucht doch der Stipulator sonst nur irgend eine beliebige erlaubte causa nachzuweisen: und nun soll die Verbindung des Bekenntnisses der Stipulation mit dem des Geldempfanges in einer und derselben Urkunde, nicht genug, daß letzteres nicht beweiskräftig sein soll, für den Stipulator gar noch den Nachtheil zur Folge haben, daß er in dem außerdem zu erbringenden Beweise nun auf diese eine causa, die Geldzahlung, beschränkt wäre!

Obgleich, wie erwähnt, bereits Bähr die gemeine Meinung im Wesentlichen mit den so eben dargelegten Gründen bekämpft hat[16]), ist dieselbe seitdem doch wieder von Brinz[17]) verfochten worden, dessen Einwendungen hier daher noch kurz zu prüfen sind. Zwar so weit dieselben gegen die eigne Bähr'sche Auffassung der exc. n. n. p. gerichtet sind, bin ich weit entfernt, ihnen zu widersprechen. Auch darin mag Brinz Recht haben, daß die von Bähr in seinen nris. XVI und XVII aus einzeln Quellenaussprüchen hergenommenen Argumente[18]) sämmtlich widerlegbar seien.[19]) Aber von den von

[15]) Gneist braucht (S. 212) umgekehrt dieses Argument zur Unterstützung seiner Ansicht von der exc. doli, da er die Beweisvertheilung bei der exc. n. n. p. als zweifellos betrachtet. Es liegt mir in dieser Beziehung noch ob, hier, wo gerade der letztere Punct in Frage steht, die völlige Unbrauchbarkeit des daraus hergenommenen Argumentes für jenen Zweck zu constatieren, nachdem die Schwäche desselben schon oben (Abh. I. §. 3) dargelegt ist.

[16]) Allerdings konnte er einzele derselben, wie den aus l. 7. C. h. t. hergenommenen, nicht nach ihrem vollen Gewichte benutzen, weil sie auch zu seiner eignen Ansicht nicht so recht stimmen.

[17]) Pandekten, Abth. 1, §. 100, S. 426 ff.

[18]) S. Bähr a. a. O. S. 328—331.

[19]) Wenigstens sehr schwach sind sie alle. Namentlich aber kommt l. 3. C. de pluspet. 3, 10 gar nicht in Betracht, da in ihr sehr wohl von einer cautio mit bescheinigter antecedens causa (im Sinne der herrschenden Ansicht) die Rede sein kann. Und selbst das so scheinbare Argument aus l. 16 C. de fide instr. 4, 21 erweist sich bei näherer Untersuchung als unhaltbar. Wenn hier Justinianus verordnet, daß, wer die Echtheit einer von ihm ausgestellten Urkunde leugnet und durch Zeugen des Gegentheils überführt wird, mit dem Verluste der exc. n. n. p. bestraft werden soll, so wird also, schließt Bähr, die letztere als in concreto nicht verjährt vorausgesetzt: und was hätte es nun wenn dieselbe der Urkunde die Beweiskraft entzöge, für einen Sinn, auf das Ableugnen der also werthlosen Handschrift eine Strafe zu setzen? — Dabei sind aber zwei Umstände übersehen: einmal, daß die exc. n. n. p. sich nicht bloß auf einfache Schuldscheine und Quittun-

Brinz selbst für die gemeine Lehre beigebrachten Gründen hat Dies jedenfalls eben so sehr zu gelten. Wegen der l. 1 und 3 C. de dote c. et non num. 5, 15 brauche ich einfach auf den §. 13 zurück zu verweisen. Es bleibt dann nur noch folgende, sehr lustig anzuhörende Argumentation übrig: auch nach der herrschenden Lehre dürfe der Kläger sich, wie Bähr verlange, zum Beweise der Zahlung auf die Urkunde berufen; nur helfe ihm Dies nichts, da sie die Zahlung eben nicht beweise; denn „pecuniam numeratam esse" könne auch „pecuniam numerandam esse" bedeuten; Dies sei nur unbuchstäbliche Auslegung eines sehr häufig nicht buchstäblich gemeinten Wortes. Lassen wir die sarkastische, auf den armen Kläger zum Schaden noch Hohn häufende Einkleidung des Satzes, daß sich derselbe für seinen Beweis eben nicht auf die Urkunde berufen könne, bei Seite, um uns an die für diesen Satz gegebene neue Begründung zu halten. Also numeratam könnte gerade so gut das Participium futuri, als das Partic. praeteriti passivi von numerare vorstellen? Wer hingeschrieben hat: „ich bekenne, daß ich ein Darlehen erhalten habe", Der könnte mit diesen Worten auch gemeint haben: „ich bekenne, daß ich ein Darlehen erhalten soll"? Selbst abgesehen von der Abgeschmacktheit, die in der Ausstellung einer Urkunde von diesem Inhalte liegen würde, streitet die neue Auslegungsmethode doch zu direct gegen Alles, was uns bisher die Grammatik von der Bedeutung der Zeitformen des Verbums gelehrt hat, als daß wir an ihre Richtigkeit glauben könnten. Es ist wahr: oftmals werden die angeführten Worte hingeschrieben, obgleich der Schreiber weiß, daß die darin bezeugte Thatsache in Wirklichkeit noch nicht stattgefunden hat. Aber bedeuten denn deshalb die Worte das Unwahre nicht, welches sie nach ihrem gemeinen Verstande aussagen? — Vielmehr bedeuten sie es so gewiß, als auch jeder Lügner darum um nichts

gen, sondern auch auf Stipulationsurkunden bezieht. Da es hier nach den in §. 4 besprochenen Stellen nicht einmal in der Wahl des angeblichen Gläubigers steht, ob er, statt aus der Stipulation (resp. Stipulationsurkunde), aus der von ihm behaupteten Geldzahlung klagen will, so ist ersichtlich auch nach der gemeinen Meinung die Handschrift, als Beweismittel für die Stipulation, noch von der größten Bedeutung. Sodann aber vergißt Bähr, daß es ja unter den Parteien gerade streitig sein konnte, ob die exc. n. n. p. gegen die fragliche Urkunde, sei es in Rücksicht auf die Verjährung, sei es in einer andern Beziehung, zulässig sei, und daß es dem Kläger aus diesem Grunde auf die Echtheit der Handschrift ankommen konnte.

weniger, oder vielmehr gerade darum ein Lügner ist, weil er die Unwahrheit seiner Aeußerung kennt.

Es liegt auf der Hand, daß durch solche Auslegungskünste die herrschende Lehre von der exc. n. n. p. nicht gerettet werden kann. Eher noch könnte uns ein historisches Argument stutzig machen, welches die Byzantinischen Scholiasten des Corpus iuris und der Basiliken zu Gunsten derselben zu liefern scheinen. Denn es läßt sich nicht leugnen, daß die Auffassung der meisten unter ihnen in diesem Puncte mit der von sämmtlichen neueren Juristen von den Glossatoren an bis auf den einzigen Bähr vertretenen übereinstimmt. Indessen da wir uns doch einmal haben überzeugen müssen, daß diese großentheils so viel bessern Männer in unserer Materie durchaus geirrt haben, so werden wir bald kein Bedenken mehr tragen, auch jenen Scholiasten, mögen auch einzele derselben bald nach Justinianus gelebt haben, schon das nämliche Mißverständniß der Rechtsquellen zur Last zu legen. Dazu kommt nun der schwer ins Gewicht fallende Umstand, daß gerade einer der ältesten und besten der erwähnten Scholiasten, Stephanos[20]), die hier bekämpfte Auffassung nicht getheilt zu haben scheint.[21]) Zu l. 30 D. de R. C. 12, 1:

„Qui pecuniam creditam accepturus spopondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo se ei obstringat",

bemerkt er[22]), daß Dies nur dann gelte, wenn der Promissor innerhalb des biennium querela non numeratae pecuniae erhebe oder erhoben habe: Das, was nach den Kaisergesetzen verjährt, ist ihm also die gewöhnliche exc. doli oder exc. n. n. p. gegen die Stipulationsklage. Allerdings setzt er bei seiner Bemerkung sofort eine Stipulationsurkunde statt der bloßen Stipulation voraus; aber abgesehen davon, daß jedenfalls von einem in der Urkunde enthaltenen Empfangsbekenntnisse kein Wort vorkommt, kann man bei dem unzweideutigen Wortlaute der erklärten Pandektenstelle doch wohl nur annehmen, daß er die Urkunde als das factisch Gewöhnliche, nicht aber als das für die querela n. n. p. Wesentliche nenne. Ergötzlich ist, daß ein spä-

---

[20]) Nicht der in dem §. 9 der Constitt. Tanta und *Δέδωκεν* genannte Mitcompilator der Digesten, sondern ein etwas jüngerer Anteceſſor, nach Zachariæ *Ἀνέκδοτα* pg. 179.

[21]) Auch in Bezug auf Thaleläos kann man wenigstens zweifelhaft sein.

[22]) S. Bas. ed. Heimb. Tom. II. pg. 623. „*Τοῦτο νόησον, ἔνθα πρὸ τῆς*

terer Scholiast[23]) den Stephanos wegen seines Hineinmischens der querela n. n. p. tadelt, da diese in dem Falle der l. 30. cit. gar keine Anwendung leide.

Wenn vollends die Basiliken in l. 4, §. 16 D. de doli exc. 44, 4 (Bas. 51, 4, 4) die exc. n. n. p. durch „ἡ περὶ τῶν χρημάτων μη ἀπαριθμηθέντων" wieder geben, statt den schon bei Justinianus, und auch in den Basiliken sonst überall gebräuchlichen Ausdruck ἀναργυρία anzuwenden, so ist hierauf natürlich nicht das mindeste Gewicht zu legen: um so weniger, da wir die Basiliken in derselben Stelle die exc. in factum als „ἡ τοῦ πράγματος ἀπαίτησις" bezeichnen sehen![24])

§. 15.

Widerlegung der Ansicht Bähr's.

Ich gehe nun dazu über, die Schwächen der Auffassung darzulegen, welche Bähr an die Stelle der von ihm so erfolgreich bekämpften gemeinen Lehre gesetzt hat. Zwei große Mängel seiner Darstellung liegen auf der Hand: einmal fehlt es ihm an einer einfachen, natürlichen Erklärung für die Einführung der Verjährung und die sonstigen positiven Einschränkungen unseres Instituts[1]), und ferner ist seine Auffassung der exc. n. n. p., gegenüber der Uebertragung dieses Rechtsmittels auf einfache Schuldscheine und Quittungen, nur dadurch zu retten, daß er in diesen Urkunden nicht bloße Beweismittel, sondern Acte von obligationsbegründender und -tilgender Kraft sieht.[2])

ἐπὶ τῇ ἀναργυρίᾳ διετίας ὁ χειρογραφήσας ἐχρήσατο παραγγελίᾳ· τῆς γὰρ διετίας παραδραμούσης κομμιτιεύεται ἡ λίτερις κατ' αὐτοῦ" κ. τ. λ.

[23]) Auf den sich nun wieder Gneist (S. 266 f.) beruft.

[24]) Eben so heißt die in factum actio z. B. in Bas. 29, 1, 88 = l. 1 C. de I. D. 5, 12!

[1]) Wie die völlige Ausschließung der exc. n. n. p. gewissen Urkunden gegenüber, die in Nov. 18, c. 8 u. 9 auf das unbegründete Ableugnen der Numeration gesetzte poena dupli und des Ausschlusses mit der Einrede der Solution.

[2]) Auf den erstern Punct richtet auch Brinz a. a. O. S. 428 seine Angriffe gegen die Bähr'sche Lehre, während der zweite Mangel für ihn keiner ist, da er Schuldscheine und Quittungen eben so auffaßt; vgl. §. 11, Anm. 9, u. Abh. I. §. 6, Anm. 7.

Nach Bähr ist die exc. n. n. p. die Einrede, daß dem Formalcontracte nach der Absicht der Parteien eine Geldzahlung als Gegenleistung habe gegenüber stehen sollen, diese Geldzahlung aber nicht stattgefunden habe. Ob die Parteien diese Geldzahlung als schon geschehen, oder noch in Aussicht stehend dachten, kommt dabei nicht in Betracht: jedenfalls hat der Kläger, wenn nur im Allgemeinen jenes Verhältniß zwischen Stipulation und Geldzahlung vom Beklagten nachgewiesen ist, oder aus der Stipulationsurkunde erhellt, den Beweis der Zahlung zu führen, was er indessen unter Anderm mit dem in der Stipulationsurkunde etwa enthaltenen Empfangsbekenntnisse thun kann. Da nun aber Letzteres ohne Zweifel die Regel bildete, so ist zunächst noch gar nicht einzusehen, inwiefern der Kläger durch diese Sachlage so sehr benachtheiligt wurde, daß es nöthig schien, die Exception einer Verjährung zu unterwerfen. Daher muß Bähr den Römischen Gesetzgebern die Betrachtung unterschieben, daß der Kläger doch schlimm daran sei, wenn er in Wirklichkeit das Geld erst nach Ausstellung jener Urkunde gezahlt habe, und in Folge davon sein Beweismittel durch Gegenbeweis entkräftet werde, indem es ihm dann meistens an weitern Beweismitteln fehlen werde. Abgesehen aber davon, daß ein directer Gegenbeweis der Nichtzahlung dem Beklagten, wenn die Zahlung einmal als durch die Urkunde bewiesen angesehen wurde, in der Regel gar nicht so leicht fallen konnte[3]), verrückt jene Deduction die Frage völlig. Denn wenn also nicht, wie ich oben angenommen habe, in der vorgängigen Stipulation, sondern in der vorgängigen Empfangsbescheinigung das Bewußtsein des geschäftlichen Verkehrs die Sicherung für den Gläubiger erblickte, deren Anfechtung ihn billiger Weise „überraschen" durfte, warum wurde dann die exceptio, welche die Stipulation anfocht, einer Verjährung unterworfen? — Mit der Motivierung, welche Diocletianus und Maximianus in l. 10 C. h. t., und Theophilos ad tit. I. de lit. obl. für diese Verjährung geben, ist eben daher Bähr's Auffassung ganz unvereinbar. Denn sie führen als einzigen Grund den an, daß der Kläger durch die exceptio mit der Beweisführung belästigt werde, ohne den Punct, auf welchen nach Bähr gerade Alles ankommen würde, nämlich die zu befürchtende

[3]) Namentlich wenn, wie es wahrscheinlich ist, die Eideszuschiebung hierzu nicht benutzt werden konnte. Vgl. §. 12, Anm. 6.

Widerlegung des scheinbar zuverlässigsten Beweismittels, zu erwähnen.

Vollends zeigt sich nun die Bähr'sche Lehre unhaltbar, wenn wir sie auf Schuldscheine und Quittungen anzuwenden versuchen, ohne diese für mehr als Beweismittel zu erklären.[4]) Bähr's Ansicht von dem Literalcontracte des Justinianischen Rechtes ist in der Abh. I. §. 6. ausführlich widerlegt worden, und wo möglich noch schlechter begründet ist seine analoge Behauptung über die Quittungen, wie schon die §. 11, Anm. 8 angeführten Stellen beweisen. Schon dort ist auch darauf hingewiesen, daß von Bähr's Standpunct aus nur eine replicatio, nicht eine exceptio n. n. p. gegen Quittungen begreiflich sein würde. Hier ist nun aber noch das folgende, viel gewichtigere Bedenken vorzubringen. Bei Schuldscheinen stellt sich nach Bähr das Recht der exc. n. n. p. so: die Obligation ist durch die Urkunde an sich begründet, aber nur als Formalobligation; der Beklagte erbringt durch Berufung auf den Inhalt der Urkunde den Beweis seiner exceptio, daß eine Geldzahlung causa jener Obligation habe sein sollen; der Kläger hat dann eine solche darzuthun, und vollbringt Dies wiederum durch Berufung auf die Urkunde, insofern sie ein Empfangsbekenntniß enthält. Gezwungen wie diese Erklärung immerhin sein mag, völlig widersinnig wird sie erst, wenn wir an die Stelle des Formalcontractes ein bloßes Beweismittel, mithin an die Stelle der eigentlichen Exception eine Beweiseinrede setzen. Denn nun würde das Geständniß der Zahlung darum der Anfechtung unterliegen, weil es ja ersichtlich für eine Zahlung ausgestellt sei, die erst nachgewiesen werden müsse; nachgewiesen würde aber diese Zahlung sofort wiederum sein durch das Geständniß selbst!

Das unbefriedigende Ergebniß, zu welchem also Bähr von dem neuen Ausgangspuncte aus, den er genommen, gelangt, erklärt sich aus dem Einflusse seiner, wie oben gezeigt[5]), unrichtigen Ansicht über die Beweislast bei den condictiones sine causa und den entsprechenden Exceptionen: wozu als zweiter Irrthum noch der ganz unmotivierte Einfluß kommt, welchen Bähr derjenigen Angabe über die causa, welche in der den Formalcontract beweisenden oder begründen-

---

[4]) Arndts, in der Krit. Ueberschau, Bd. 4, S. 235 f., behauptet freilich unbegreiflicher Weise das Gegentheil.

[5]) Vgl. §. 5, u. Abh. I. §. 3.

den Urkunde nebenher enthalten ist, auf die Richtung der Vertheidigung des Beklagten zuschreibt.

Ich darf es hier als feststehend ansehen, daß sich die dem Kläger bei der exc. n. n. p. obliegende Beweislast nimmer aus allgemeinen Principien erklären würde, wenn der exc. n. n. p. hinsichtlich des Zeitpunctes der nach Angabe des Excipienten als causa vorausgesetzten Zahlung die unbestimmte Richtung zukäme, welche Bähr ihr beilegt. In der Regel hat vielmehr der Condicent (also hier der Excipient) nicht nur das objective Fehlen des Rechtsgrundes, sondern auch einen entschuldbaren Irrthum nachzuweisen, der trotzdem den der Wirklichkeit nicht entsprechenden Willen über den Rechtsgrund möglich gemacht hat. Nur wo der gewollte Rechtsgrund in einer zukünftigen Leistung bestand, bedarf es keines besondern Beweises eines Irrthums[6]), und nur wo außerdem das Reurecht stattfindet, gilt mit dem Beweise einer derartigen causa der Beweis des Nichteintrittes bis auf Weiteres als geführt. Ganz natürlich specialisiert also der Condicent seine Behauptungen: er behauptet (um auf unsern concreten Fall einzugehen) entweder, das Geld sei irrthümlich schon als gezahlt angenommen, aber dennoch nicht gezahlt gewesen, und weist Dies beides nach: oder, wenn er kann, versetzt er sich lieber in die vortheilhaftere Lage, zu behaupten, es habe für die Stipulation noch Geld gezahlt werden sollen, sei aber nachher nicht gezahlt, und nur den erstern Punct zu beweisen, hinsichtlich der Zahlung aber den Beweis des Gegners abzuwarten. Daher führt eben die condictio causa data causa non secuta ihren besondern Namen; daher beschreiben Gajus und Ulpianus in den mehrfach angeführten Stellen[7]) eine exc. doli mit dieser speciellen Richtung auf die causa futura, aber keine in dem unbestimmten Bähr'schen Sinne. Ja noch mehr: ich brauche jetzt wohl keinen Widerspruch mehr zu befürchten, wenn ich, außer den schon im §. 7 für diese eingeschränktere Bedeutung von exc. n. n. p. beigebrachten Gründen, für das Justinianische Recht noch als directes Zeugniß den §. 2 I. de exc. 4, 13 anführe. Er lautet:

„Idem iuris est, si quis quasi credendi causa pecuniam stipulatus fuerit, neque numeraverit. Nam eam pecuniam a te petere posse eum certum est; dare enim te oportet, quum ex stipula-

[6]) Die Ausnahmen von diesem Satze sind im §. 6 bei Anm. 4. u. 5. bezeichnet.
[7]) G. 4, 116, und l. 2, §. 3 D. de doli exc. 44, 4.

tione tenearis; sed quia iniquum est eo nomine te condemnari, placet per exceptionem pecuniae non numeratae te defendi debere, cuius tempora nos (secundum quod iam superioribus libris scriptum est) constitutione nostra coartavimus".

Wie man sieht, stimmt diese Stelle, bis auf die Substitution der exc. n. n. p. für die exc. doli, welche sich aus dem in §. 8 Ausgeführten erklärt, fast wörtlich überein mit G. 4, 116 (s. S. 207); die einzige erhebliche Abweichung besteht in der Weglassung des „numeraturus", wodurch auch das „credendi causa", welches dort zu „numeraturus" gehört, einen andern Charakter erhält, und „quasi (bei Gajus: „tamquam") credendi causa" zusammen auf „stipulatus fuerit" bezogen wird. In der Bedeutung der Stelle ändert Dies jedoch Nichts. Denn einestheils kann nun quasi credendi causa schon für sich nicht wohl anders übersetzt werden, als: „unter dem Vorwande des beabsichtigten credere", und andrerseits liegt auch in dem nachfolgenden „neque numeraverit" (nicht etwa: „quam non numeraverit") die Andeutung, daß die Zahlung erst nach der Stipulation erfolgen sollte. Der l. 7 C. h. t., welche die Voraussetzungen der exc. n. n. p. ganz ähnlich angiebt (s. S. 285), gegenüber würde die Einwendung Raum haben, daß vielleicht in dem concreten dort entschiedenen Falle die Partei unnöthig specialisierte Anführungen gemacht habe, die in das Rescript aufgenommen seien; wenn dagegen die Institutionen, als Lehrbuch, gewisse thatsächliche Behauptungen als Fundament eines Rechtsmittels aufführen, so würde es eine völlig unberechtigte Willkür sein, ohne Weiteres irgend eine Einzelheit derselben für unerheblich zu erklären. Mindestens bliebe also nun nur der Ausweg, anzunehmen, daß vielleicht für die andere, eben so bestimmt auf die irrthümliche Voraussetzung einer schon geschehenen Zahlung gestützte exceptio derselbe Name gangbar gewesen sei; aber abgesehen davon, daß diese Annahme zweier, in diesem Puncte wesentlich verschiedener exceptiones non num. pec. nicht die Bähr'sche ist, streitet dagegen, wie im §. 7 erwähnt, eben der Umstand, daß bei der exc. n. n. p. in unsern Quellen ganz allgemein dem Kläger der Beweis der Geldzahlung auferlegt wird.

Auf dieselbe Auffassung deutet auch die Rubrik des tit. C. 5, 15: „de dote cauta et[8]) non numerata"; auch hierin liegt, daß das

[8]) Das et ist durch die beste handschriftliche Auctorität gestützt.

fragliche „non numerare" nach dem „cavere" stattgefunden hat, also auch das „numerare" erst damals stattfinden sollte.[9])

Ob nun aber hiernach eine exceptio unter den Begriff der exc. n. n. p. falle, Das ist — und hierin hat Bähr jenes zweite Versehen begangen — natürlich nur nach den Anführungen des Excipienten zu entscheiden, ohne daß die etwa in der Stipulationsurkunde bezeugte causa dabei im Geringsten in Betracht käme. Daher ist es völlig unrichtig, für die exc. n. n. p. Stipulationsurkunden gegenüber besondere Grundsätze aufzustellen. Mag in einer solchen Urkunde eine Realleistung als in bestimmter Vergangenheit geschehen, oder schlechthin als geschehen bezeugt sein, oder mag endlich (was schwerlich oft vorgekommen sein wird) ein noch zu gebendes Darlehen als causa angegeben sein, das für die Klage Erhebliche ist stäts einzig die Stipulation selbst, und gegen die so begründete Klage kann der Promissor in jedem Falle so gut die exc. indebiti, wie die exc. n. n. p., oder etwa auch die exc. legis Cinciae vorbringen: immer kommt es nur darauf an, daß er selbst das Fundament seiner Exception nachweise. Dabei versteht sich von selbst, daß für dieses Beweisergebniß der Inhalt der Stipulationsurkunde sehr wichtig werden kann. Wenn die Klage sich z. B. auf eine Stipulationsurkunde stützt, worin als causa futura eine Geldzahlung genannt ist, so wird der Kläger die von ihm producierte Urkunde bis zum Gegenbeweise auch gegen sich gelten lassen müssen, und der Beklagte durch Berufung darauf den Beweis seiner etwanigen exc. n. n. p. schon geführt haben. Umgekehrt wird in jedem Falle, wo der Beklagte eine andere subjective causa behauptet, als nach seinem eignen schriftlichen Bekenntnisse der Stipulation zu Grunde gelegen hat, letzteres möglicher Weise für den Gegenbeweis des Klägers bedeutend ins Gewicht fallen: freilich nur möglicher Weise, nämlich nur dann, wenn nicht die Stipulation und die Aufnahme der Urkunde uno actu stattgefunden haben[10]), weil nur dann dieselben Beweismittel, welche die behauptete subjective causa für die Stipulation darthun, nicht

---

[9]) Freilich passen die drei Constitutionen dieses Titels, wie aus ihrer im §. 13 gegebenen Analyse hervor geht, in der einen oder andern Beziehung nicht genau unter die Rubrik.

[10]) Also nach Justinianischem Rechte namentlich nicht in den Fällen, wo die Stipulation auf Grund der Urkunde fingiert wird.

zugleich ausreichen werden, um gegen das in der Urkunde enthaltene entgegenstehende eigne Geständniß des Beweisführers die entsprechende Beweiseinrede zu begründen. In diesem Falle macht es aber wiederum nicht den geringsten Unterschied, ob die geschehene Geldzahlung, welche als causa der durch exc. n. n. p. angefochtenen Stipulation früher von dem Promissor in der Urkunde zugestanden ist, in eine „bestimmte Vergangenheit" versetzt, oder schlechthin als vor oder bei der Stipulation geschehen bezeugt ist; in beiden Fällen hat der jetzige Excipient dem Stipulator ein Beweismittel in die Hände geliefert, welches seine nunmehrige Behauptung, daß eine noch erwartete Geldzahlung causa der Stipulation habe sein sollen, direct widerlegt.

Hiermit ist denn auch Alles erschöpft, was über die exc. n. n. p. bei Stipulationsurkunden Besonderes zu sagen ist, und es ist daher nicht nöthig, auf alle Einzelheiten der zum Theil höchst unklaren Bähr'schen Darstellung (S. 307 ff.), namentlich auf die wunderliche Dreitheilung der Stipulationsurkunden nach der darin bezeugten causa und die hieran auf zum Theil sehr sophistische Weise geknüpften Unterscheidungen in Betreff der zu wählenden Anfechtungsart (s. oben S. 186), einzugehen.[11]) Hervor heben will ich nur das widersinnige Resultat, daß gegen eine Stipulationsurkunde, gerade weil in ihr die Geldzahlung als geschehen bezeugt ist, sofort die exc. n. n. p. fundiert sein soll, deren Wesen vor Allem in der Verneinung der Geldzahlung besteht, sodann aber freilich die Zahlung alsbald wieder durch dieselbe Urkunde bewiesen sein soll. Hieran schließt sich dann (S. 310) die weitere Unbegreiflichkeit, daß, wenn nun dieses Empfangsbekenntniß durch Gegenbeweis widerlegt wird, der Gläubiger auch dadurch zum Ziele kommen soll, daß er, statt der Geldzahlung, irgend eine andere erlaubte causa der Stipulation beweist. Wie soll man Dies verstehen? — Nach Bähr's Ansicht rechtfertigt sich das sofortige Verlangen des klägerischen Beweises ja nun dadurch, daß durch die Stipulationsurkunde das Fundament der Exception, daß nämlich eine Geldzahlung die causa der Stipulation habe sein sollen, sofort als bewiesen gilt: und wenn nun der Kläger sich

[11]) Zum Theil würde auch ein solches Eingehen durch die in Bähr's technischen Bezeichnungen herrschende Unklarheit unmöglich gemacht werden. Wer wird z. B. mit dem Gegensatze zwischen „echter" und „unechter" causa praecedens irgend eine deutliche Vorstellung verbinden können? Was in aller Welt ist eine „scheinbare Anerkennung einer noch erwarteten Schuld"?

hierbei beruhigt und seinerseits schon die Wirklichkeit der Zahlung mit der Urkunde zu erweisen gesucht hat, wie kann er da nachher plötzlich wieder zum Gegenbeweise, daß überhaupt jene causa von den Parteien gar nicht gewollt, sondern nur simuliert sei, zugelassen werden?[12])

Nur beiläufig ist hier noch auf die Inconsequenzen hinzudeuten, welche Bähr auch in Bezug auf die Uebertragung der exc. n. n. p. auf einfache Schuldscheine vorzuwerfen sind, selbst wenn wir die von ihm für die exc. n. n. p. gegen Stipulationsklagen gewonnenen Resultate zum Ausgangspuncte nehmen. Schon dagegen, daß die Anfechtung des chirographum als Formalcontractes mittelst exc. n. n. p., abgesehen von der Verjährung, völlig mit dem einfachen Gegenbeweise zusammen gefallen sein soll, welcher dem Schuldscheine, so lange er nur als Beweismittel galt, habe entgegen gesetzt werden können[13]), möchten sich Bedenken erheben lassen. Wie kann aber gar Das, was Bähr vorher als exc. n. n. p. beschrieben hat, eine Anfechtung aus dem Gesichtspuncte einer *anticipierten* Ausstellung

---

[12]) Nur als solcher Gegenbeweis ist nämlich jenes Hereinziehen einer anderweitigen causa *der* exc. n. n. p. *gegenüber* überhaupt denkbar. Daher ist auch Bähr's Erklärung der l. 3 C. de postul. 2, 6, welche er als Beleg anzieht, ganz unmöglich. Nach ihm räth hier der Kaiser, „die trügerische Natur der Exception (non num. pec.) zu benutzen, um ein unerlaubtes Geschäft an den Tag zu bringen". Zunächst nun wäre es beispiellos, wenn ein Kaiser in seinem Reskripte, gleich als wäre er Advocat des Anfragenden, ihm den Rath ertheilte, eine Exception zu benutzen, deren Fundament nach der eignen Darstellung des Supplicanten thatsächlich nicht vorlag, sondern von der höchstens zu erwarten war, daß der Kläger um so lange als möglich die Wahrheit zu verdecken, auf sie eingehen würde. Jedoch hiervon abgesehen, müßte Bähr, wenn er folgerecht gedacht hätte, diesen Rath in concreto sogar für sehr schlecht halten. Denn wenn der Kläger wirklich nach vergeblich versuchtem Beweise der Zahlung noch die wahre, wenn gleich unerlaubte causa zu beweisen berechtigt war, so mußte er, da Dies ja eben höchstens als Gegenbeweis gegen die exc. n. n. p. in Betracht kommen konnte, eine andere Exception aber nicht vorgeschützt war, nicht, wie Bähr meint, unterliegen, sondern gewinnen. In Wahrheit steht nun die Sache freilich so, daß der Kläger zu jenem Verfahren *nicht* berechtigt war, daher auch ohne Zweifel sofort der exc. n. n. p. widersprochen, und falls das betreffende Beweisresultat, dem wirklichen Hergange gemäß, zu seinen Gunsten ausgefallen wäre, gesiegt haben würde. Deshalb können der Stelle aber auch nicht die von Bähr angenommenen Voraussetzungen zu Grunde liegen; den wahren Sinn derselben werde ich im nächsten Paragraphen darzulegen suchen.

[13]) Bähr a. a. O. S. 314.

genannt werden, da doch nach ihm die Thätigkeit, die dem Excipienten dabei zufiel, einfach in einem Gegenbeweise gegen den Inhalt des Bekenntnisses, die dadurch nöthig gemachte Reaction des Klägers aber im Beweise irgend einer erlaubten causa des Formalactes, gleichviel ob praecedens oder futura, bestand?

In Bezug auf das heutige Recht vollends kommt nun noch eine Einwendung hinzu, die nur deshalb nicht schon für das Justinianische Recht vorzubringen war, weil Bähr über die nothwendige Form des angeblich in diesem Rechte anerkannten Literalcontractes nichts Bestimmtes geäußert hat. Für das heutige Recht wissen wir nun aber sicher, daß Bähr den Schuldschein für einen Fall der echten Anerkennung hält[14]), daß also nach ihm zur Form desselben außer dem schriftlichen Versprechen, oder gar statt seiner, das Bekenntniß irgend einer bestehenden Schuld, also z. B. eines empfangenen Darlehens, gehört. Wenn nun durch jede besondere Wortfassung dieser Anerkennung, welche ja doch den Formalcontract, für den der Rechtsgrund festgestellt werden soll, selbst gerade erst ausmacht, zugleich schon eine bestimmte unter allen möglichen subjectiven causae als erwiesen angesehen werden soll, so steht Dies gewiß im directesten Widerstreit mit dem Begriffe des Formalcontractes. Dennoch soll nach Bähr (§. 62) gegen solche Urkunden, die einfach auf eine geschehene Zahlung Bezug nehmen, ohne sie in „bestimmte Vergangenheit" zu setzen, sofort die exc. n. n. p. fundiert sein, daher die Urkunde nur noch als Beweismittel für die Zahlung selbst — was sie doch, wenn sie als Formalcontract beabsichtigt ist, eigentlich gar nicht sein kann — in Betracht kommen, welches durch Gegenbeweis widerlegt werden könne, so daß also praktisch die Ausschließung der exc. n. n. p. für Bähr die Ausschließung des directen Gegenbeweises bedeutet. Es tritt hier also nicht nur wieder eine schon oben[15]) besprochene Schwäche der Bähr'schen Anerkennungslehre hervor, sondern dazu noch ein Schwanken zwischen zwei ganz unvereinbaren Auffassungen des Schuldscheines, als Beweismittels für die Zahlung und als Ver-

[14]) Vgl. Abh. I. §. 11. — Wer in dem heutigen Schuldscheine keinen Formalcontract, sondern nur ein Beweismittel sieht, für Den würde sich aus der Bähr'schen Ansicht von der exc. n. n. p., welcher eine Beweiseinrede dieses Namens unbekannt ist, ergeben, daß das genannte Rechtsmittel mit seiner besondern Verjährung jenem Schuldscheine gegenüber überhaupt nicht mehr vorkommen könne.

[15]) Abh. I. §. 11, bei Anm. 12.

pflichtungsgrundes.[16]) Nach juristischer Consequenz müßte vielmehr für Bähr die exc. n. n. p. gegen seinen Anerkennungsvertrag vollständig analog erscheinen der exc. n. n. p. gegen die mündliche Stipulation.

Doch auf diese Inconsequenzen der Bähr'schen Lehre kommt Nichts mehr an, nachdem sich dieselbe in ihrer historischen Grundlage als unhaltbar gezeigt hat. Dagegen ist hier noch in der Kürze anzudeuten, wie bei schärferer Sonderung zwischen der Anfechtung wegen irrthümlich als geschehen vorausgesetzter, und der wegen vergebens erwarteter Geldzahlung, und ferner bei richtiger Erkenntniß der Gleichgültigkeit des Inhaltes der Stipulationsurkunde für die Art der zu wählenden Anfechtung die oben dargelegten beiden Mängel der Bähr'schen Auffassung alsbald wegfallen. Die Verjährung erscheint jetzt als darum eingeführt, weil der Beweis, welcher dem Kläger bei der exc. n. n. p. obliegt, nämlich daß das Geld nach der Stipulation (resp., im Justinianischen Recht, nach der Ausstellung des Empfangsbekenntnisses) gezahlt sei, von vorn herein leicht als Unbilligkeit erscheinen kann; denn nach den Ansichten des Verkehrs soll die Sicherung des Gläubigers eben schon in der Stipulation (resp. dem Empfangsbekenntnisse) selbst liegen, während derselbe der exc. n. n. p. gegenüber sogar ein in der etwanigen Stipulationsurkunde enthaltenes Empfangsbekenntniß (resp. das angefochtene Empfangsbekenntniß selbst) von Anfang an gar nicht brauchen kann, um die nachträgliche Zahlung zu beweisen. Aus demselben Grunde erklären sich auch die sonstigen gesetzlichen Beschränkungen der exc. n. n. p. Ferner ist nicht schon deshalb, weil in einem Schuldscheine oder einer Quittung eine Zahlung schlechthin als geschehen bezeugt ist, die exc. n. n. p. gegen sie als fundiert anzusehen, eben so wenig wie Dies bei Stipulationsurkunden der Fall ist; vielmehr bedarf es hierzu erst des Nachweises von Seiten des Beklagten, daß auf die Urkunde (gleichviel ob sie eine Zahlung in bestimmter Vergangenheit, oder eine Zahlung schlechthin bezeugt) noch Geld gezahlt

[16]) So erscheint denn auch der Schuldschein nach Ablauf der Frist im Grunde nur deshalb als Formalcontract, weil der Gegenbeweis der Nichtzahlung weggefallen ist. Auf der andern Seite aber soll er ja nach Bähr seinem Wesen nach von vorn herein Formalcontract sein, und ein Gegenbeweis gegen einen (durch die ihn enthaltende Urkunde, d. h. durch Augenschein, erwiesenen) Vertrag als solchen ist an sich schon ein Unding.

werden sollte. In dieser Auffassung hat aber auch als bloße Beweiseinrede die exc. n. n. p. vollkommenen Sinn, und hat namentlich von vorn herein zur Folge, daß der Producent der Urkunde die von ihm behauptete nachträgliche Zahlung anderweitig darthun muß.

§. 16.

Auslegung mehrerer Quellenstellen nach der neuen Ansicht.

Es ist jetzt noch zu zeigen, wie sich die Erklärung einzeler, bisher von mir noch gar nicht, oder wenigstens nicht hinlänglich besprochener Stellen unter Zugrundelegung meiner Ansicht von der exc. n. n. p. gestaltet.[1])

L. 1 C. h. t. (Sever. et Anton.): „Si pecuniam tibi non esse numeratam, atque ideo frustra cautionem emissam asseris, et pignus datum probaturus es, in rem experiri potes; nam intentio dati pignoris nec numeratae pecuniae non aliter tenebit, quam si de fide debiti constiterit. Eademque ratione veritas servetur, si te possidente pignus adversarius tuus agere coeperit."

Dieses Rescript findet sich wiederholt als l. 1 C. si pign. conv. 8, 33, nur mit der Abweichung, daß hier nicht nec numeratae, sondern neque redditae pecuniae steht, und daß in vielen Handschriften das asseris fehlt. Die Auslegung hat den Neuern von je her viele Schwierigkeiten gemacht. Zunächst kommt es darauf an, was unter der „intentio dati pignoris" etc. zu verstehen ist. Ich meine, unzweifelhaft die exceptio des verklagten Pfandbesitzers. Denn der Pfandbesteller soll in rem klagen: nun lautet aber in der formula petitoria die intentio bekanntlich nicht etwa: „si paret eam rem, quae ex iure Qu. A^i A^i est, N° N° pignori datam, neque pecuniam numeratam esse", sondern einfach: „si paret eam rem, qua de ag., ex iure Qu. A^i A^i esse", und ein Gleiches gilt von der Publiciana in rem actio.[2]) Die intentio der formula hypothecaria lautete dage-

[1]) Bei den ältern Stellen kommt es mir dabei hauptsächlich auf die ursprüngliche Bedeutung an. Es wird nicht nöthig sein, jedesmal besonders darauf aufmerksam zu machen, wenn eine Stelle im Justinianischen Rechte, wegen der Uebertragung des Rechtes der exc. n. n. p. auf einfache Empfangsscheine, etwa auch anders ausgelegt werden kann.

[2]) Dennoch versteht Gneist a. a. O. S. 271 ff. unter dieser intentio die des Klägers; denn „der Vindicant hatte die Hingabe der Sache zu Pfand eingeräumt,

gen ungefähr: „si paret de ea re, q. d. a., inter eum, cuius in bonis tum fuerit, et A^m A^m convenisse, ut ea res A^o A^o ob pecuniam ei a Titio debitam pignori hypothecaeve esset, eamque pecuniam neque solutam esse“ etc.[3]) Natürlich wurde der rei vindicatio gegenüber die exceptio hypothecaria ganz entsprechend gefaßt, und an diese kann daher sehr wohl bei der „intentio dati pignoris neque redditae pecuniae“ gedacht sein. Ein Streit darüber, ob die exceptio selbst wirklich geradezu intentio genannt werden kann, oder nur, wie in l. 19, pr. D. de prob. 22, 3, velut intentio, ist jedoch überflüssig; denn schon Huschke hat bemerkt, daß die Kaiser sehr wohl zunächst die Formel der actio hypothecaria im Sinne haben können, um zu verstehen zu geben, daß das Pfandrecht, also auch die exceptio hypothecaria, ohne wirkliche Auszahlung des Darlehens nicht begründet sei.[4]) Jedenfalls paßt der zweideutige Ausdruck intentio besser zum Schlußsatze: „eademque ratione“ etc., wo von der Klage des angeblichen Pfandberechtigten die Rede ist, als exceptio passen würde. Natürlich muß nun in der l. 1 C. h. t. das numeratae für redditae, d. i. solutae, genommen werden. Numerare findet sich in dieser Bedeutung z. B. auch in Diocletianus' und Maximianus' l. 23 C. de solut. 8, 43 und in Zeno's l. 2, §. 1 C. de quadr. praescr. 7, 37; indessen aus der eigentlichen classischen Zeit der Jurisprudenz weiß ich doch sonst kein Beispiel anzuführen. Eben daher ist es nun aber auch wahrscheinlich, daß nicht, wie Gneist will, das redditae in l. 1 C. si pign. conv., son-

---

und sogleich die Replik des Nichtempfangs der Valuta anticipirt“. Aber wenn der Kläger in iure eine exceptio einräumte, aber eine Replik opponierte, so kam die exceptio entweder überhaupt nicht in die Formel, oder blieb doch, wenn sie in die Formel aufgenommen sein sollte, um nichts weniger eine exceptio, und konnte nie mit der replicatio zusammen als eine intentio des Klägers bezeichnet werden.

[3]) Vgl. §. 7, Anm. 6.

[4]) Huschke, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. Bd. 20, S. 169 f., Anm. 1. Zustimmend Bachofen, Röm. Pfandrecht, Bd. 1, S. 45—47. Aehnlich übrigens auch schon Francke, civil Abh. No. 2, S. 104. — Cuiac. Parat. in tit. C. si pign. conv. sagt dagegen geradezu: „intentio, id est exceptio“; eben so derselbe in den Recit. sol. und Notae ad tit. cit., und Donell. Comm. ad l. 1 C. de n. n. p. n. 6 et 7, und ad tit. C. si pign. conv. n. 6. Desgl. Bas. 25, 7, 55 (l. 1 C. si pign. conv.): „*οὐδὲ γὰρ ἀντίκειταί σοι ἡ παραγραφὴ ἡ λέγουσα· ἀλλ' εἰ μὴ δέδωκας τὸ χρέος*“, und auch wohl Bas. 23, 1, 63 (l. 1 C. den. n. p.): „*μὴ ἀντικειμένης αὐτῷ τῆς ὑποθηκαρίας*“.

dern das numeratae in l. 1 C. h. t. eine Interpolation ist[5]), welche die Compilatoren vielleicht ganz gedankenlos wegen der Titelrubrik „de non numerata pecunia" vorgenommen haben.[6])

Der Sinn der Stelle ist also: unter gewissen Voraussetzungen hast du nicht zu fürchten, daß der Gegner dich mit der exc. hypothecaria schlage, wenn du von ihm deine Sache vindicierst, noch daß er sie dir mit der actio hypothecaria abgewinne, wenn du selbst sie besitzest. Aber worin bestehen jene Voraussetzungen? — Nach dem Eingange der l. 1 C. h. t. darin: der Vindicant soll behaupten, das Geld sei ihm nicht gezahlt, und daher die cautio bedeutungslos, und beweisen, er habe die Sache als Pfand hingegeben. Letzteres ist wohl zur Noth zu erklären, aber nicht in befriedigender Weise. Man müßte darunter[7]) den Beweis verstehen, daß der Beklagte besitze; doch ist schwer zu begreifen, weshalb die Kaiser den Anfragenden von vorn herein auf diese Art, den fraglichen Beweis zu erbringen, beschränken: ja man könnte sogar zweifeln, ob denn damit auch wirklich der Besitz des Beklagten zur Zeit der Klage bewiesen sei. Ersteres dagegen wäre, wenn man nur Das als für das Rescript feststehend hinzu denkt, daß eine Stipulation im Voraus abgeschlossen sei, vom Standpuncte der exc. n. n. p. aus in Ordnung; das spätere: „quam si de fide debiti constiterit" fügt dann die Ausnahme für den Fall hinzu, daß der Beklagte seinerseits die nachträgliche Auszahlung beweise. In ähnlicher Weise rechtfertigt sich dieser Ausspruch, wenn man unter „cautio" nicht eine Stipulationsurkunde, sondern eine Urkunde versteht, worin lediglich für ein noch zu empfangendes Darlehen im Voraus ein Pfand bestellt wird, nur daß hier natürlich von einer exceptio (oder replicatio) n. n. p. keine Rede sein kann, sondern nur von dem Beweise der Darlehenshingabe, als Theiles des Klag-

[5]) So auch Francke a. a. O. S. 104, Anm. 52, und Bachofen a. a. O. S. 47.

[6]) Donell. Comm. ad h. l. n. 10 will nec numeratae in et numeratae verändern, da numerare nicht für solvere stehen könne, und das Leugnen der Tilgung der Forderung nicht zur intentio des Pfandgläubigers gehöre. Der letztere Irrthum hat ihn jedoch nicht verhindert, sich im Comm. ad tit. C. si pign. conv. n. 5 et 6 mit der Lesart „neque redditae" völlig zufrieden zu geben. Uebrigens möchte gerade das „et numeratae pecuniae" schwerlich als Theil der formula hypothecaria gedacht werden können.

[7]) Mit Donell. Comm. ad h. l. n. 5, u. ad tit. C. si pign. conv. n. 5, und Gneist a. a. O. S. 273.

grundes. Die Schwierigkeit, welche, wie gezeigt, in dem „et pignus datum probaturus es“ liegt, muß jedoch dahin führen, für die l. 1 C. si pign. conv. die Lesart ohne „asseris“ vorzuziehen; es ist auch sehr leicht zu denken, wie dieses Wort aus der Parallelstelle in manche Handschriften hinein gerathen konnte. Darnach würde denn also, da jetzt das „frustra“ auch auf „pignus datum“ mitbezogen werden kann, der Vindicant zu beweisen haben, daß das Geld ihm nicht gezahlt sei, und daher die cautio und die Pfandbestellung bedeutungslos seien. Dies kann auf dreierlei Weise erklärt werden, von einigen leichten Variationen abgesehen. Entweder cautio ist ein einfacher Darlehensschein, etwa mit der Verpfändungsclausel, und die Kaiser sprechen einfach vom Gegenbeweise[8]), so daß dann unter „si de fide debiti constiterit“ der Fall zu verstehen ist, wo dieser Gegenbeweis nicht gelingt: oder cautio ist eine Stipulation (bez. Stipulationsurkunde); die Kaiser sprechen vom Beweise der exc. n. n. p.; das „pecuniam tibi non esse numeratam“ ist auf den Zeitpunct der Stipulation zu beziehen, und so auszulegen: „daß das Geld dir damals noch nicht gezahlt war, also erst noch gezahlt werden sollte“, und das „si de fide debiti constiterit“ hat wieder die Bedeutung, wie bei der Lesart mit „asseris“: oder endlich wir verstehen unter der „cautio“ entweder eine Stipulation, von der schon feststeht, daß sie im Voraus abgeschlossen ist, oder eine Urkunde, worin einfach die Sache für ein noch zu gebendes Darlehen verpfändet ist, denken uns aber in dem einen, wie im andern Falle noch einen spätern Empfangsschein über die wirkliche Auszahlung des Darlehens hinzu; die Kaiser reden dann wieder vom Gegenbeweise gegen diese Urkunde, auf dessen Mißlingen auch das „si de fide debiti constiterit“ wieder zu beziehen ist. Für die dritte Erklärung spricht der ersten gegenüber das „frustra cautionem emissam“, welches auf eine spätere Vereitlung des beabsichtigten Zweckes (durch Nichtzahlung) deutet, so wie die Rubrik des Titels: „si pignoris conventionem numeratio secuta non sit“[9]), der zweiten gegenüber die größere Ungezwungenheit in der Erklärung des „pecuniam tibi non esse numeratam“; gegen die-

[8]) So ist höchst wahrscheinlich auch die l. 2 C. si pign. conv. 8, 33 (von Alexander Severus) auszulegen.

[9]) Auch die Basiliken übersetzen das Rescript an beiden Orten im Sinne dieser Rubrik.

selbe aber streitet allerdings das Schweigen des Reskriptes über einen nachträglichen Empfangsschein. Das „asseris" in l. 1 C. h. t. wird als ein Einschiebsel der Compilatoren zu betrachten sein[10]), welche etwa verhindern wollten, daß unsere Stelle mit l. 3 und l. 10 C. h. t. in Widerspruch zu stehen scheine, aber um so unglücklicher in dieser vermeintlichen Verbesserung waren, als sie das „asseris" nicht an die rechte Stelle, die von „probaturus es", setzten, sondern dieses daneben stehen ließen.

Was den Weg betrifft, auf dem der exc. hypothecaria des Beklagten, resp. der actio hypothecaria, entgegen zu treten sei, so finden Cujacius und Donellus ihn in einer replicatio, resp. exceptio, doli mali oder non numeratae pecuniae. Der Ausdruck „intentio non tenebit" deutet aber eher auf ipso iure stattfindende Hinfälligkeit. Die Entscheidung hängt natürlich zunächst davon ab, ob wir eine einfache Verpfändungsurkunde, resp. einen einfachen Darlehnsschein, oder aber eine Stipulationsurkunde unter der „cautio" verstehen, im letztern Falle aber ferner davon, wie wir uns die formula hypothecaria gefaßt denken[11]): bei dem Keller'schen „ob pecuniam promissam" z. B. wäre eine exceptio oder replicatio erforderlich, bei dem oben angenommenen „ob pecuniam ei debitam" wohl nicht, da ein Anspruch, der durch eine peremptorische Exception zurückgewiesen werden kann, als indebitum gilt.[12]) Dabei könnte allerdings noch die Frage aufgeworfen werden, ob denn die exc. n. n. p. wirklich als eine peremptorische Exception zu denken sei, die nur unter Umständen verjähren könne, oder vielmehr als eine dilatorische Exception (im Römischen Sinne). Diese Frage wird bald zu erörtern sein; hier ist sie zu unwichtig, zumal da es ganz zweifelhaft ist, ob die exc. n. n. p. unter Septimius Severus überhaupt schon verjährte, ja sogar das Gegentheil wahrscheinlicher ist.[13])

L. 2 C. h. t. (Antonin.): „Minorem pecuniam te accepisse et

---

[10]) So auch Gneist S. 272.

[11]) Die Meinung von Huschke a. a. O., daß das „pecuniam solutam non esse" nicht zutreffe, wenn gar keine zu zahlende Schuld vorhanden gewesen sei, wird doch wohl jedenfalls irrig sein.

[12]) Ulp. Vat. fr. 266. l. 10 D. de V. S. 50, 16. l. 42, §. 1 D. de O. et A. 44, 7. l. 26, §§. 3. 7 D. de cond. ind. 12, 6. Iul. l. 32, §. 1 ibid.

[13]) S. oben §. 8, S. 225 f.

maioris cautionem interposuisse si apud eum, qui super ea re cogniturus est, constiterit, nihil ultra, quam accepisti, cum usuris in stipulatum deductis restituere te iubebit."

Diese Stelle spricht nicht von der eigentlichen exc. n. n. p. Voraussetzung ist, daß Jemand eine größere Summe irrthümlich promittiert hat, nachdem er ein geringeres Darlehen empfangen; denn Dies geht aus der Voranstellung des Geldempfanges vor die Ausstellung der cautio hervor. Wenn der Beklagte die genannte Voraussetzung beweist („si — constiterit"), nämlich nach Vorschützung der exc. indebiti oder der im §. 5 besprochenen exc. doli oder in factum, so wird er nur auf das wirklich Empfangene verurtheilt.

L. 3 C. h. t. (Antonin.): „Si ex cautione tua, licet hypotheca data, conveniri coeperis, exceptione opposita seu doli seu non numeratae pecuniae compellitur petitor probare pecuniam tibi esse numeratam: quo non impleto absolutio sequetur."

Unter „cautio" ist im ursprünglichen Sinne des Rescriptes jedenfalls eine Stipulation zu verstehen, wegen der erwähnten Exceptionen; eine Stipulationsurkunde, oder gar irgend eine bestimmte Fassung der Stipulationsurkunde hinsichtlich der causa anzunehmen, liegt kein Grund vor, obwohl auch keiner dagegen spricht. Der Kaiser erwähnt nur, daß der Kläger die Zahlung, nicht auch, daß der Beklagte vorher die noch erwartete Zahlung als subjective causa der Stipulation nachzuweisen habe, vermuthlich weil die Anfrage nur jenen Punct betraf, der letztere aber sich bei Nennung der exc. n. n. p. von selbst verstand, vielleicht auch weil nach der Anfrage jener subjective Rechtsgrund schon als feststehend voraus zu setzen war. Die Frage ging offenbar dahin, ob die betreffende Beweisvertheilung nicht dadurch geändert werde, daß der Beklagte schon eine Hypothek (vielleicht nachträglich) bestellt habe, vielleicht speciell noch dahin, ob die Beweislast bei der der exc. n. n. p. entsprechenden exc. doli eben so liege.

L. 4 C. h. t. (Antonin.): „Quum fidem cautionis agnoscens etiam solutionem portionis debiti vel usurarum feceris, intelligis de non numerata pecunia nimium tarde querelam te deferre."

Gewöhnlich bezieht man diese Stelle auf die querela n. n. p., betreffend den vom Promissor noch nicht gezahlten Theil der ganzen Summe. Da scheint es nun zuvörderst unzweifelhaft, daß die bloße Zahlung eines Theiles durchaus nicht nothwendig die Anerkennung

des Restbetrages in sich schließt.[14]) Daher muß stäts zur Theilzahlung die Anerkennung des Ganzen als ein Zweites hinzu kommen. Wunderlich wäre es nun, wenn die Anerkennung nur in Verbindung mit der Theilzahlung die querela n. n. p. ausschlösse, und nicht schon allein dazu genügte: und die Theilzahlung kann in der That sehr wohl nur deshalb erwähnt sein, weil sie in concreto gerade vorlag.[15]) In ganz analoger Weise kann nun das Rescript auch auf die exc. n. n. p. in unserm Sinne bezogen werden. Doch fragt sich noch, was „fidem cautionis agnoscere" bedeuten soll: die Obligation anerkennen, d. h. auf die exc. n. n. p. verzichten, oder aber: anerkennen, d. h. zugestehen, daß thatsächlich die Obligation materiell begründet sei, daß nämlich das Geld, sei es vor, sei es nach der Stipulation, ausgezahlt sei, daß man also keine exc. n. n. p. habe.[16]) Für den erstern Fall ist es klar, daß die fragliche Anerkennung dem Stipulator die replicatio pacti conventi gegen die exc. n. n. p. (resp. die exceptio pacti gegen die condictio c. d. c. n. s.) verschafft und insofern die quer. n. n. p. ausschließt. Den Worten scheint indessen die zweite Bedeutung mehr zu entsprechen[17]); für jene würden etwa die Ausdrücke „obligationem agnoscere" angemessener sein. Ziehen wir nun die zweite Auslegung vor, so fehlt es an jedem Grunde, ein pactum anzunehmen[18]), und auch ein singulärer Rechtssatz, welcher etwa dennoch an jene bestimmte Erklärung

---

[14]) Vgl. Bartol. Comment. ad h. l. n. 1. Donell. Comment. ad h. l. n. 5 et 6. Gneist a. a. O. S. 52 f. Bähr a. a. O. S. 333. S. auch Abh. I. §. 11, Anm. 11. — Bähr ist einzig aus innern Gründen dieser Ansicht; denn er versteht (S. 332) diese Worte des Reskriptes: „fidem cautionis agnoscens", nur von der Anerkennung der formellen Richtigkeit der cautio, also der Wirklichkeit der Stipulation, der Echtheit des Scheines. Da es sich aber in der Stelle nur um die exc. n. n. p. handelt, so muß in jenen Worten von der materiellen Richtigkeit der Obligation, „de fide debiti", wie l. 1 C. h. t. sagt, die Rede sein.

[15]) So auch Donell. l. c. n. 6. Gneist a. a. O. S. 53. Etiam ist nach dieser Auslegung durch sogar zu übersetzen.

[16]) Der Unterschied dieser beiden Erklärungen ist in Abh. I. §. 11, S. 133 f. hervorgehoben.

[17]) Soll dann „fides cautionis" ganz genau „die Richtigkeit der cautio" bedeuten, so braucht man nur anzunehmen, daß die fragliche cautio eine Stipulationsurkunde war, in welcher der Promissor den Empfang des Geldes bescheinigt hatte.

[18]) Vgl. Abh. I. §. 11, bei Anm. 39—44, und Abh. II. §. 11, Anm. 8.

den Ausschluß der quer. n. n. p. geknüpft hätte, wie an den Ablauf der Frist, erscheint innerlich unwahrscheinlich. Dagegen wird ein solches außergerichtliches Geständniß als Beweismittel gegen den Promissor von der größten Bedeutung sein, und entweder Gegenbeweis gegen das Fundament seiner exc. n. n. p., oder Beweis für die nachträgliche Auszahlung des Geldes liefern. Es ist nun auch denkbar, daß der Kaiser nur Dies sagen will, wenn der Promissor ein solches Geständniß abgelegt habe, so werde er im Processe mit seiner quer. n. n. p. schwerlich durchdringen können.

Viel näher liegt für uns nun aber eine andere Erklärung des Rescriptes, nach welcher dasselbe in Bezug auf das bereits Gezahlte die quer. n. n. p. ausschließen will.[19]) Hiernach erscheint also die Zahlung nicht als ein zufällig zur Anerkennung noch hinzu kommender Nebenumstand, sondern als die wesentliche Voraussetzung der Entscheidung; daß sie sich nicht auf das Ganze, sondern nur auf einen Theil erstreckt hat, muß dagegen jetzt als die zufällige Besonderheit des dem Kaiser vorgelegten Falles gelten. Die Worte „fidem cautionis agnoscens" sind dann nur als pleonastische Charakterisierung der Zahlung selbst zu verstehen: nicht als ob Der, welcher einen Theil zahlt, die ganze Schuld damit anerkännte, sondern nur insofern darin eben im weitern Sinne eine Anerkennung der Schuld bis zum gezahlten Belaufe liegt.[20]) Das steigernde „etiam", welches die Erwähnung der Zahlung einführt, weist dann nicht auf die Anerkennung, sondern auf die Ausstellung der cautio zurück: „da du die Summe, welche du im Voraus versprochen haben willst, nicht nur versprochen, sondern zum Theil auch bezahlt hast, so kommst du mit der quer. n. n. p. in Bezug auf diesen Theil zu spät."[21])

Zum Verständniß dieser Entscheidung ist festzustellen, welche Klagen auf Rückgabe des Gezahlten dem Promissor nach allgemeinen Grundsätzen zu Gebote standen. Zunächst ist Dies gewiß von der condictio indebiti, insofern er aus entschuldbarem Irrthum gezahlt hatte; denn als indebitum galt auch die civilrechtliche Verpflich-

---

[19]) Mit auf diese Frage wird die Stelle bezogen von der Glosse und von Donell. l. c. n. 1–5.

[20]) Vgl. Abh. I. §. 4, bei Anm. 28.

[21]) Erst bei dieser Erklärung erscheint die Wendung: „nimium tarde querelam te deferre" recht am Platze.

tung, der eine peremptorische Exception entgegenstand. Da es ungewiß ist, ob nicht zur Zeit dieses Reskriptes die Verjährung bereits eingeführt war, so muß hier freilich noch darauf hingewiesen werden, daß man auch die verjährbare exc. n. n. p. nicht wohl als eine dilatorische Exception betrachten kann. Denn obwohl man in gewisser Weise von ihr sagen kann: „ad tempus nocet", so unterscheidet sie sich doch von jeder eigentlichen dilatorischen Exception dadurch, daß es ganz im Willen des Berechtigten steht, sie zu perpetuieren, und daß es, wenn der Ablauf der Frist bestritten ist, zu ihrer Entkräftung einer besondern Replication in der Formel bedarf. Die exc. n. n. p. muß daher auch so noch für eine peremptorische Exception gelten, die nur unter Umständen, nämlich wenn der Berechtigte nicht innerhalb der Frist die ihr zu Grunde liegenden Thatsachen in vorgeschriebener Weise zur Sprache bringt, ihm nachträglich verloren geht.

Es fragt sich nun aber, ob der Promissor nicht auch mit seiner ursprünglichen condictio causa data causa non secuta nunmehr das Gezahlte zurück fordern kann, insofern dieses jetzt an die Stelle der von ihm ob causam futuram übernommenen Obligation getreten ist. Nach der Consequenz des Civilrechtes würde diese Frage gewiß zu bejahen sein, was Jedem unzweifelhaft sein wird, der an eine Zeit denkt, wo es zwar schon condictiones sine causa, aber noch keine exceptio doli gab. Diese Consequenz ist nun aber völlig zerrissen, seitdem man eben die condictio indebiti auch da zuließ, wo nur ope exceptionis, nicht aber ipso iure ein indebitum vorlag. Es gab nun noch immer auf Acceptilation von Obligationen gerichtete condictiones sine causa, die nur insofern Sinn hatten, als die Obligation als debitum galt; folgeweise gab es eine exc. doli gegen die Klage aus der Obligation: und wegen dieser Exception galt nun dieselbe Obligation innerhalb desselben Condictionenrechtes wiederum als indebitum, sobald aus derselben gezahlt war.[22]) Da nun eine wissentliche Zahlung auch eines solchen indebitum als Schenkung gelten mußte, so ist wohl eine Rückforderung desselben auch mit der ursprünglichen, durch die Uebernahme der Obligation

[22]) Einen ähnlichen, gleichfalls aus historischer Entwicklung erwachsenen Widerspruch bietet das Römische Recht, wie im §. 4, bei Anm. 17 erwähnt, in dem Nebeneinanderbestehen von condictio causa data causa non secuta und actio praescriptis verbis dar.

begründeten Condiction undenkbar geworden; diese ist vielmehr nur noch als auf Wiederaufhebung eines formalen nudum ius gerichtet zu denken und muß mit dem Erlöschen des letztern durch Zahlung ganz wegfallen.

Demnach wäre also der Promissor für die Rückforderung des Gezahlten auf die condictio indebiti beschränkt. Möglich ist es nun, daß eben Dies in dem Rescripte ausgesprochen sein soll, daß der Kaiser die quer. n. n. p. nur insofern für verspätet erklärt, als durch sie der Zweck, den man sich gewöhnt hatte, als ihr wesentliches Merkmal zu betrachten, nämlich die Nöthigung des Stipulators, die Auszahlung zu erweisen, nicht mehr erreicht werden konnte. Freilich muß auch der jene cond. indebiti anstellende Promissor „de non numerata pecunia queri", d. h. anführen, daß der ipso iure begründeten Forderung des Beklagten zur Zeit der Zahlung die peremptorische Exception entgegen gestanden habe, die Stipulation sei in Erwartung der Auszahlung der betreffenden Geldsumme geschlossen, diese aber nicht erfolgt; aber hier ist er auch in Bezug auf die Nichtzahlung beweispflichtig, nach den allgemeinen über die Beweislast bei der condictio indebiti geltenden Regeln.

Vielleicht will aber Caracalla gerade auch in dieser Form die „querela de non numerata pecunia", also die condictio indebiti ausschließen. Und auch Dies kann noch wieder in doppelter Weise gedacht werden. Zunächst könnte man mit Donellus meinen, die Klage werde versagt, weil der Aussteller der cautio nicht wohl in entschuldbarer Weise darüber habe irren können, ob ihm selbst (nicht etwa, ob seinem Erblasser) das Geld gezahlt sei. Allein diese unbedingte Verneinung der Entschuldbarkeit eines solchen Irrthums erscheint doch sehr bedenklich. Daher wird wohl die andere Auffassung den Vorzug verdienen, nach welcher hier aus andern Gründen geradezu der Rechtssatz ausgesprochen wird, daß die querela non num. pec. nicht nur mit dem Ablauf der Verjährungsfrist (welche wir also jetzt als schon eingeführt voraussetzen), sondern auch mit der Zahlung ganz wegfalle, sei es daß dieser Satz vorher schon anerkannt war, sei es daß er hier zuerst aufgestellt wurde. Erklären würde sich derselbe so. Zur Begründung der condictio indebiti kommt es nur darauf an, daß die Schuld zur Zeit der Zahlung nicht bestand, und es ist dabei ganz einerlei, ob die sie vernichtende peremptorische Einrede etwa, wenn jetzt erst gezahlt

werden sollte, weggefallen sein würde.[23]) Auf diesem Wege würden wir dazu gelangen, in der Zahlung thatsächlich eine Perpetuation der quer. n. n. p. zu finden, freilich mit veränderter Beweislast. Denn auch wenn die Verjährungsfrist schon ohne Erhebung der Querel verstrichen wäre, würde der auf die condictio indebiti hin verurtheilte Stipulator und Empfänger des Geldes nicht etwa seinerseits von Neuem klagen, also auch nicht aus diesem Grunde dem condicierenden Promissor sogleich eine exc. doli opponieren können, da ja durch die Zahlung seine Forderung aus der Stipulation einfürallemal ipso iure getilgt wäre. Auch abgesehen von dem Satze: „dolo facit, qui petit, quod redditurus est" aber dem nach Ablauf der Verjährungsfrist mit der condictio indebiti belangten Stipulator etwa aus allgemeinen Billigkeitsgründen eine exc. doli zu gewähren, würde sehr bedenklich sein; denn der Gezahlthabende müßte dann consequenter Weise während der Frist durch Protestation sich die Querel zum Zwecke der cond. indebiti noch sichern, d. h. mit andern Worten, die exc. n. n. p. ideell nachträglich noch perpetuieren können, nachdem sie mit der actio, der sie entgegen stand, in Wirklichkeit doch schon zu existieren aufgehört hat. So würde es begreiflich werden, daß der Kaiser die condictio indebiti lieber gleich von vorn herein, sei es durch exc. doli, oder, was wohl richtiger ist, ipso iure, ausgeschlossen sein ließe, indem er den Satz aufstellte, daß die exc. n. n. p. im Augenblicke der Zahlung wegfalle, gerade wie außerdem durch den Ablauf der Zeit. Eben weil durch diese Erklärung verhindert wird, daß Der, welcher sogar schon gezahlt hat, zwar hinsichtlich des Beweises als nachtheiliger, aber doch in Beziehung auf das materielle Recht als besser gestellt erscheine, als Derjenige, welcher einfach während der gesetzlichen Zeit still gesessen hat, ist sie wohl auch jener erst erwähnten vorzuziehen, nach welcher das Reskript bloß die cond. c. d. c. n. s., nicht auch die cond. indebiti dem zahlenden Promissor absprechen würde. Wenn sie aber die richtige ist, so muß die darnach schon als bestehend vorauszusetzende Verjährung der exc. n. n. p. spätestens im Todesjahre des Caracalla, also im J. 217, eingeführt sein, wie schon im §. 8, Anm. 8 angedeutet ist.

---

[23]) Zu vergleichen ist der umgekehrte Fall, den Africanus in l. 24 D. de m. c. don. 39, 6 bespricht: wer eine verjährbare Obligation mortis causa acceptoferiert hat, Der kann sie nach seiner Genesung condicieren, auch wenn sie, falls nicht acceptoferiert, jetzt durch Zeitablauf getilgt sein würde.

Es unterliegt wohl keinem Zweifel, daß, wenn der Promissor vor seiner Zahlung schon ob non numeratam pecuniam protestiert und die exceptio dadurch perpetuiert hat, auch die in dieser Stelle verordnete Besonderheit nicht eintritt, und die cond. indebiti formell zulässig ist; freilich wird der Kläger dann selten einen entschuldbaren Irrthum nachweisen können. Im Gegensatze hierzu, scheint die Frage, welche dem Kaiser vorgelegt war, und welche zunächst er verneint, speciell die gewesen zu sein, ob es dem Promissor noch nütze, zwar noch innerhalb der gesetzlichen Frist, aber nachdem er schon gezahlt, die Protestation anzubringen; denn hierauf paßt der Ausdruck „querelam deferre" am besten.

Die Anwendbarkeit der l. 4 in der eben gegebenen Auslegung auf die Beweiseinrede, welche im Justinianischen Recht gleichfalls exc. n. n. p. heißt, unterliegt gerechtem Zweifel. Dafür kann allerdings angeführt werden, daß im Justinianischen Rechte zwischen den verschiedenartigen Dingen, welche dort unter jene Bezeichnung zusammenfallen, kein bewußter Unterschied gemacht werde, und lege non distinguente nec nostrum esse distinguere. Auch ist der Satz durchaus möglich, daß jene Beweiseinrede, die exc. n. n. p. gegen Empfangsbekenntnisse, in Betreff des schon Gezahlten nicht mehr stattfinde. Praktisch führt Dies dahin, daß der gezahlte Betrag nicht mit der condictio indebiti zurückgefordert werden kann; denn wenn der Kläger auch den bündigsten Beweis der Nichtschuld erbringt, immer wird sofort durch sein früheres Bekenntniß der vollständige Gegenbeweis der Schuld dagegen erbracht, da der Kläger dieses nicht mehr durch den Nachweis entkräften kann, daß ihm darauf noch Geld gezahlt werden sollte. — Dagegen sprechen aber aufs Entschiedenste innere Gründe. Weil der Empfangsschein stäts nur Beweismittel ist, welches, wenn es zur Begründung einer Darlehnsklage produciert würde, allezeit durch Gegenbeweis widerlegbar sein würde, so ist nicht daran zu denken, daß der Aussteller durch die Zahlung eine Einwendung perpetuierte, welche sonst verjähren würde. Wer in dem hier fraglichen Falle die cond. indebiti anstellt, Der hat ja nicht als Klaggrund nachzuweisen, daß der durch den Darlehnsschein ipso iure begründeten Forderung zur Zeit der Zahlung die exc. n. n. p. entgegen gestanden habe, sondern, ganz ohne Rücksicht auf die Urkunde, daß damals die vorausgesetzte Darlehnsschuld nicht bestanden habe. Erst als Gegenbeweismittel kann hier der Schein in Betracht kommen,

und ob er in dieser Eigenschaft noch der exc. n. n. p. — bei welcher natürlich hier die Beweislast nicht anders vertheilt ist, als wo die Urkunde als Hauptbeweismittel dienen soll — ausgesetzt ist, kann dann auch bei der cond. indebiti ganz nach den sonstigen Grundsätzen über die betreffende Verjährung festgestellt werden; wer noch, nachdem er gezahlt hat, innerhalb der Frist protestiert, perpetuiert damit eine ihm wirklich zustehende Beweiseinrede, da der Schein seine Beweiskraft durch die in Uebereinstimmung mit ihm erfolgte Zahlung keineswegs verliert, während die Stipulationsobligation allerdings durch dieselbe aufgehoben war. Die ratio legis würde also für diesen Fall durchaus nicht zutreffen.

L. 6 (Alex.) und l. 11 (Diocl. & Max.) C. h. t. sprechen den einfachen Satz aus, daß die exc. n. n. p. da, wo nicht eine erwartete Geldzahlung, sondern z. B. eine Novation, oder ein Vergleich Rechtsgrund der Stipulation war, nicht begründet ist.[24])

L. 9 C. h. t. (Diocl. & Max.). Hier ist offenbar zu lesen: „Quum ultra hoc, quod accepit, re obligari neminem posse constet, et si[25]) stipulatione interposita placita creditor non dederit, in factum dandam exceptionem convenit" etc. — Es wird damit recht ausdrücklich die durch Vermittlung der Exceptionen ins Werk gesetzte Berücksichtigung des materiellen Rechtsgrundes auch bei Formalcontracten anerkannt. — Für uns ist ferner jetzt unzweifelhaft, daß stipulatione interposita = postquam stipulatio interposita fuerit zu nehmen ist; ehe die Natur der exc. n. n. p. ermittelt war, konnte es zur Noth auch allgemeiner verstanden werden: „da, wo eine Stipulation vorliegt".

L. 4 C. de cond. ob c. dat. 4, 6 (Valer. & Gall.): „Si, quum exiguam pecuniam revera susciperes, longe maiorem te accepisse cavisti eo, quod tibi patrocinium adversarius repromitteret, quum dicas fidem promissi non secutam, ut libereris obligatione eius, quod non acceptum propter speratum patrocinium spopondisti, per condictionem consequeris".

Ob unter der hier erwähnten repromissio patrocinii wirklich eine Stipulationsverpflichtung, oder nur ein formloses Versprechen verstanden ist, kann bezweifelt werden. Nur im letztern Falle ist die

---

[24]) Ueber die l. 6 cit. vgl. auch §. 7, S. 127.

[25]) Dieses Wort fehlt in vielen Handschriften.

hier fragliche condictio eine condictio ob causam datorum. Sie findet dann aber nicht ob non numeratam pecuniam, sondern, so zu sagen, ob non praestitum patrocinium statt. Der Kläger muß natürlich diese von ihm behauptete subjective causa futura beweisen, wobei sein schriftliches Geständniß, daß ein ihm gegebenes Darlehen die causa sei, als Gegenbeweisgrund in Betracht kommt, wenn es nicht durch die entsprechende Beweiseinrede zugleich mit entkräftet wird. Ist aber der Proceßbeistand wirklich stipuliert, so fehlt es offenbar gar nicht objectiv an der causa, da die beiden Stipulationen gegenseitig in diesem Verhältnisse zu einander stehen. Die „condictio" ist dann die actio ex stipulatu auf das Interesse, welches in diesem Falle, wenn der Kläger selbst es nicht noch höher anschlägt, offenbar passend mindestens auf die Liberation von der seinerseits übernommenen Obligation geschätzt wird. Mit der quer. n. n. p. hat die Stelle in keinem Falle Etwas zu thun. Ein Gleiches gilt von der

L. 1 C. de cond. ob t. c. 4, 7 (Antonin.): „Si ex cautione tua conveniri coeperis, nullam te pecuniam accepisse, sed ob turpem causam, et quam fieri prohibitum est, interpositam cautionem ei, qui super ea re cogniturus est, probandum est, et eo impleto absolutio sequetur".

Der Kaiser räth hier natürlich deshalb, nicht etwa die exc. n. n. p., sondern die exc. doli wegen turpis causa vorzuschützen, weil nach des Supplicanten Darstellung eben eine solche, und nicht etwa eine erwartete Geldzahlung subjectiver Rechtsgrund der Stipulation gewesen war. Er hebt deshalb besonders hervor, daß der Excipient beweisen solle, er habe kein Geld empfangen, weil derselbe in der Stipulationsurkunde eine vorgängige Geldzahlung als causa der Stipulation zugestanden hatte, was für den Gegenbeweis in Betracht kommen konnte.

L. 3 C. de postul. 2, 6 (Gord.): „Si sub specie honorarii, quod advocato usque ad certum modum deberi potuisset, eam quantitatem, quam desiderio tuo complecteris, te daturum cavisti, et quasi mutuam pecuniam accepisses, eam te redditurum promisisti, nec temporis spatio gesto negotio consensum ac fidem accommodasti, competenti exceptione non numeratae pecuniae tutus es, et ex hac causa cautionem interpositam usitato more potes condicere".

Oben[26]) ist zum Theil schon besprochen, wie dieses Gesetz nicht verstanden werden darf; jetzt gilt es, meinerseits eine Erklärung desselben zu geben. Aus dem ersten Satze: „si — cavisti", ist folgende factische Grundlage zu entnehmen: es war eine Summe als Advocatenhonorar promittiert, welche den hierfür erlaubten Betrag überstieg. Daß sie Dies that, geht aus dem condicionalen „potuisset" hervor, wonach das Geschuldetwerden der ganzen versprochenen Summe in concreto nicht stattfand. Nach dem zweiten Satze: „et quasi — promisisti", hatte der Anfragende dieselbe Summe zu zahlen versprochen, als hätte er sie als Darlehen empfangen. Es fragt sich nun: ist mit jenem „cavisti" und diesem „promisisti" dasselbe Factum gemeint? — Jedenfalls müßte diese doppelte, copulative Bezeichnung derselben Thatsache sehr unbeholfen genannt werden. Sodann ist aber noch Folgendes zu erwägen: „Sub specie honorarii" Etwas versprechen, kann nicht wohl heißen, in Wirklichkeit als Honorar Etwas versprechen, während es dem Namen nach als etwas Anderes versprochen wird; denn die Erklärung der Glosse: „sub specie, i. e. occasione", ist unhaltbar. Vielmehr bezeichnet species vor allen Dingen gerade den äußern Schein, Das, was die Parteien vorgeben, selbst wo es nicht mit dem wirklich Gewollten übereinstimmt: gewiß könnten also jene Worte nicht gebraucht sein, wenn nur eine Stipulationsurkunde mit dem Vorwande eines empfangenen Darlehens vorlag. Zu retten wäre aus diesem Grunde die Identität der beiden erwähnten Promissionen nur so, daß man eine Stipulationsurkunde des Inhaltes annähme, A habe dem B promittiert, ihm eine gewisse Summe, als Advocatenhonorar, so zu geben, als wenn er sie von ihm als Darlehen erhalten hätte. Darnach würde also „quasi — accepisses" in oratione obliqua stehen. Eine solche Stipulationsurkunde wäre aber einmal aus innern Gründen sehr unwahrscheinlich, da die einfache Promission, eine Summe Geldes zu geben, schon genau dieselbe Wirkung hatte, wie der Empfang einer gleichen Darlehnssumme, und sodann würde auch das „redditurum" dazu nicht recht passen (vielmehr „daturum"). Es bleibt also nichts Anderes übrig, als zwei successive Stipulationen anzunehmen, erst eine geradezu auf Zahlung des Honorars gerichtete, sodann eine neue, welche die freilich unerreichbare Bestimmung hatte,

[26]) S. §. 15, Anm. 12.

das unverbindliche Honorarversprechen nachträglich auf eine festere Basis zu bringen. Um nun die exc. n. n. p. möglich erscheinen zu lassen, müssen wir annehmen, daß beide Stipulationen im Voraus geschehen sind, ehe der betreffende Proceß geführt war. Zum Behufe der zweiten wurde unter den Parteien festgesetzt, daß der Promissor nachträglich die versprochene Summe von dem Stipulator als Darlehen erhalten solle, aber mit der Nebenberedung, daß das Geld, welches der Promissor dem Advocaten nach Führung des Processes aus der ersten Stipulation werde zu entrichten haben, sich bei dem Promissor brevi manu in dieses Darlehen verwandeln solle.[27]) Dabei wird man wohl das „quasi — accepisses" als oratio obliqua zu redditurum[28]) zu ziehen, und sich den Inhalt der Stipulationsurkunde etwa so zu denken haben: „ich bin mit dem B übereingekommen, jene Summe Geldes, welche ich ihm promittiert habe, als empfangenes Darlehen zu betrachten und sie ihm seiner Zeit, gleich als wenn ich sie reell als Darlehen erhalten hätte, zurück zu geben: und so habe ich promittiert, diese Summe dem B zu geben".[29]) Die exc. n. n. p. war hier begründet, da das beabsichtigte creditum durch das versprochene Honorar nur bis zum gesetzlichen Belaufe gedeckt war, also im Uebrigen vom Stipulator durch baare Auszahlung hätte gedeckt werden müssen. Man könnte noch zweifeln, ob die im §. 7 (S. 218) auf Grund von G. 4, 116 aufgestellte Formel der exc. n. n. p. auch in dem Falle unserer l. 3 zutreffen würde, ob nämlich das „numeraturus" auch auf das beabsichtigte, brevi manu zu empfangende Darlehen passen würde; aber jedenfalls würde die andere, dort aus Ulp. l. 2,

[27]) Wie es bei dem eigentlichen Darlehen ohne Stipulation ausdrücklich von Ulpianus in l. 15 D. de R. C. 12, 1 als zulässig anerkannt wird: eine Entscheidung, welche einen Fortschritt der freiern Rechtsentwicklung gegenüber dem entgegen gesetzten Ausspruche des Africanus in l. 34, pr. D. mand. 17, 1 bekundet, vor dem man ihr bekanntlich auch in der Feststellung des Justinianischen Rechtes allgemein den Vorrang beilegt.

[28]) Das obige Bedenken fällt hier weg, wo von einem als wirklich gedachten Darlehen die Rede ist, welches aus einer andern Schuld entstehen soll: auf ein solches paßt natürlich der Ausdruck zurück geben.

[29]) Oder: „zurück zu geben". Auf die unbedingte Stipulation: „decem reddi spondes?" ist, wo in Wirklichkeit Nichts zurück zu geben war, wohl die zunächst auf Vermächtnisse zu beziehende Aeußerung des Celsus in l. 21 D. de leg. II. 31 (vgl. auch l. 94 D. de V. S. 50, 16) analog anzuwenden: „reddendi verbum, quamquam significationem habet retro dandi, recipit tamen et per se dandi significationem".

§. 3 D. de doli exc. 44, 4 gebildete Formel (mit „crediturus") auch für diesen Fall ausreichen.

Endlich muß ich noch Nov. 136, c. 6 berücksichtigen, obwohl sie keine praktische Bedeutung hat; denn es kommt auf den Nachweis an, daß sie mit der hier vertheidigten Ansicht von der exc. n. n. p. in Einklang steht. Justinianus entscheidet in dieser Novelle (v. J. 541) über verschiedene Gesuche, welche die Argentarien wegen Abänderung gewisser Rechtssätze an ihn gerichtet hatten. Nach c. 5, pr. hatten sie auch darum gebeten, daß es Denjenigen, welche entweder die Richtigkeit von Abrechnungen (Contocouranten) der Argentarien durch ihre Unterschrift anerkannt, oder ihnen sonstige Schuldscheine ausgestellt hätten, nicht ferner gestattet sein möge, zu sagen, sie hätten zwar den Schuldschein oder die Abrechnung eigenhändig geschrieben oder unterschrieben, das darin verschriebene Geld sei ihnen aber nicht gezahlt. Es liegt nun zwar an sich nahe, die letzten Worte so zu verstehen: das Geld, welches ihnen nämlich darauf gezahlt werden sollte, sei ihnen nicht ausgezahlt; aber Abrechnungen gegenüber ist doch ein solcher Einwand als ein praktisch häufiger nicht wohl denkbar: es kann daher nicht wohl abgewiesen werden, auch die Behauptung, daß die Abrechnung irrthümlich als richtig anerkannt sei, oder auch die einfache Bestreitung der Richtigkeit des früher Zugestandenen unter jenen Worten mitzuverstehen. Dies geht über den hier vertheidigten Begriff der exc. n. n. p. hinaus: und doch ist die Meinung, wie aus einer Vergleichung mit c. 6 hervorgeht, offenbar die, daß durch jede Behauptung der Nichtzahlung der Argentarius gezwungen werde, die Zahlung anderweitig darzuthun.[30]) Im c. 6 giebt Justinianus den Petenten so weit nach, daß sie in solchen Fällen, jedoch, so viel Abrechnungen betrifft, nur wenn diese bis zu einem gewissen Grade specialisiert sind[31]), von weiterem Beweise frei sein sollen; nur soll es dem Beklagten dann freistehen, innerhalb der Frist der exc. n. n. p. dem Argentarius den Eid über die Nichtzahlung zuzuschieben.

Zunächst ist nun zu beachten, daß Justinianus den Einwand

[30]) Beiläufig sei bemerkt, daß mit der bei der gemeinen Auffassung der exc. n. n. p. vorherrschenden Ansicht, wonach dieselbe diejenigen Urkunden nicht entkräftet, welche die Auszahlung des Geldes in eine „bestimmte Vergangenheit" versetzen, unsere Novelle sicher nicht stimmt; denn ein Contocourant verlegt doch gewiß die Entstehung der einzeln Schuldposten in eine „bestimmte Vergangenheit".

[31]) Was der genaue Sinn der Worte: „*ἔχοντα ῥητῶς ἑκάστην αἰτίαν γεγραμμένην*" sein mag, ist hier zu untersuchen überflüssig.

selbst nirgends exc. n. n. p. nennt; daß er aber den Eid an die Frist dieser exceptio knüpft und sich sogar darauf beruft, daß er schon in l. 14, §. 3 C. de n. n. p. den Eid nach Ablauf der Frist ausgeschlossen habe, erklärt sich daraus, daß einige der hier fraglichen Fälle wirklich Fälle der exc. n. n. p. sind. Wie kommt es aber, daß auch in andern Fällen dem Argentarius vor der Novelle noch ein weiterer Beweis der Zahlung obgelegen zu haben scheint? — Dies war für eine freilich nicht scharf juristische Auffassung allerdings der Fall, wenn der Beklagte die Edition der Geschäftsbücher des Argentarius verlangte, um aus ihnen den Gegenbeweis der Nichtzahlung zu führen. Da hier der Argentarius selbst die Bücher beizubringen hatte, und nun ohne Zweifel regelmäßig verlor, wenn sich die Zahlung nicht darin verzeichnet fand, so konnte dieser Fall leicht nicht wesentlich verschieden von dem erscheinen, wo er seine Bücher, nachdem es dem Beklagten gelungen war, das ihm in Betreff der exc. n. n. p. Obliegende darzuthun, producierte, um einen anderweitigen Hauptbeweis für die Zahlung, oder einen Beweis für die Beweisreplik der nachträglichen Zahlung[32]) aus ihnen zu erbringen. Streng juristisch ist also der Inhalt des c. 6 dahin zu fassen, daß außer der exc. n. n. p. gegen jene Urkunden dem Beklagten auch dieser eine Weg des Gegenbeweises entzogen ist. Der Eid, dessen Verlangen intra biennium zulässig sein soll, ist im Falle der exc. n. n. p. offenbar des Inhaltes, nicht bloß daß gegen das in der Urkunde enthaltene Geständniß nicht noch Geld habe gezahlt werden sollen, sondern daß entweder Dies nicht der Fall sei, oder das Geld nachher wirklich ausgezahlt sei[33]): eine Form der Eideszuschiebung, an welche, wie schon im §. 12 bemerkt ist, Justinianus in l. 14, §. 3 C. h. t. wahrscheinlich vorzugsweise gedacht hat. Vielleicht hat man auch ohne Unterschied für diesen, wie für die andern Fälle an einen allgemein lautenden Eid zu denken, daß es mit der Forderung seine Richtigkeit habe.

---

[32]) Ueber die praktische Unerheblichkeit dieser Unterscheidung nach Justinianischem Proceßrechte s. §. 10, S. 254 f.

[33]) Ich meine also, daß Justinianus mit den Worten: „πλὴν εἰ μὴ κατὰ περιουσίαν ὅρκον ἐπαγαγεῖν βούλοιτο ἢ αὐτῷ ἢ κληρονόμοις τοῦ δανείσαντος“, nicht eigentlich eine Ausnahme von der Regel, daß der Argentarius keinen weitern Beweis zu führen habe, sondern nur eine kleine Entschädigung für die andere Partei anordnen will. Dafür spricht schon der Ausdruck „κατὰ περιουσίαν“.

Daß wir in diesem Gesetze eine Eideszuschiebung zum Behufe auch des directen Gegenbeweises zugelassen finden, hat hiernach gar nichts Auffallendes; denn es liegt darin ja nur eine Entschädigung für den Fall, daß der Argentarius von seinem Privileg, die Vorlegung seiner Bücher zum Zwecke des Gegenbeweises zu verweigern, oder, um mit der Novelle zu reden, die Führung weitern Beweises abzulehnen, Gebrauch macht. — Es bedarf kaum der Erwähnung, daß nach dieser Auslegung jede andere Art des Gegenbeweises dem Beklagten unbenommen bleibt.

Hinzuzufügen ist schließlich noch, daß Justinianus im folgenden Jahre durch sein Ed. 7, c. 2, §. 1 die exc. n. n. p. gegen Urkunden der hier besprochenen Art aufgehoben hat: aber nicht nur gegen solche, die von einem Argentarius gegen einen andern Aussteller produciert werden, sondern auch gegen diejenigen, deren Aussteller ein Argentarius ist.

Fünfter Abschnitt.

Anwendung auf das heutige Recht.

---

§. 17.

Die querela non numeratae pecuniae im heutigen Rechte.

Auf den ersten Blick scheint der Anwendung der hier vorgetragenen Lehre im heutigen Rechte eine durch Jahrhunderte fortgesetzte Praxis entgegen zu stehen. In wie vielen Einzelheiten sie sich auch durch die in Betreff der exc. n. n. p. gangbaren Controversen hat hin und her treiben lassen, darin hat sie nie geschwankt, daß sie in der exc. n. n. p. das Mittel erkannte, gewissen schriftlichen Empfangsbekenntnissen durch bloßen Widerruf ihre Beweiskraft zu entziehen.[1]) Dennoch ist sicher keine Partie unsers gesammten Privat-

[1]) Ob dieselbe auch im kaufmännischen Verkehre Anwendung zu finden habe, darüber hat sich zwar das Hamburger Handelsgericht im J. 1833 einmal zweifelnd ausgesprochen (s. die vor §. 1 angef. Abhandlung in den Rechtsf. aus dem Gebiete des Handelsr. S. 30 u. 32); es ist jedoch nicht von fern an eine constante Praxis, welche sie hier ausschlösse, zu denken. Auch ist es ein Mißverständniß Bähr's (S. 266 f.), daß das Hamburgische und Lübische Recht der gemeinen Lehre von der exc. n. n. p. entgegen getreten wäre; die von ihm in Anm. 22 aus Heise's und Cropp's jurist. Abhandlungen citierte Stelle (Bd. 1, S. 369 ff.), welche offenbar hierfür als Beleg dienen soll, bezieht sich nicht auf Schuldurkunden, weder gerichtliche, noch andere, sondern auf mündliche Schuldbekenntnisse, welche vor dem Rathe abgelegt und in das Stadtbuch eingetragen sind. Diese wirkten nach den alten Hamburgischen und Lübischen Stadtrechten als obligatorische Verträge, und zwar als Formalcontracte; im neuern Rechte ist hiervon noch der

rechtes zu entdecken, in welcher man sich mit weniger Grund auf ein Deutsches Gewohnheitsrecht, welches dem richtig erkannten Römischen Rechte derogierte, würde berufen können. Ich will hier ganz davon absehen, daß jener Satz, der einzige, der in dieser ganzen Lehre nach der bisherigen Praxis als durchaus feststehend bezeichnet werden durfte, doch noch zu unbestimmt lautet, um unmittelbare Anwendung finden zu können, wenn für die vielen Zweifel, denen er im Einzeln noch Raum läßt, die Entscheidungsnorm verloren ist, welche man bisher für sie im geschriebenen Rechte zu besitzen meinte: jedenfalls fehlt es an dem Haupterforderniſſe, ohne welches aus einer irrigen Gesetzesauslegung nimmer ein wahres Gewohnheitsrecht hervor wachsen kann, an der allgemeinen Ueberzeugung von der innern Nothwendigkeit, oder wenigstens Zweckmäßigkeit der vermeintlichen gesetzlichen Rechtsbestimmung. Im Gegentheile sind schon seit lange alle verständigen Juristen darin einig, jene sogenannte exc. n. n. p., welche sie nun einmal für ein Institut des Römischen Rechtes anerkennen zu müssen meinten, als eine juristische Abgeschmacktheit zu betrachten, die ihrem Urheber, als welcher etwa Caracalla, oder ein anderer Römischer Kaiser galt, wenig Ehre mache.

Ich darf daher jene vermeintliche exc. n. n. p. auch für das heutige Recht als beseitigt betrachten, insofern mir der Beweis, daß die Römischen Rechtsquellen von ihr Nichts wissen, gelungen sein sollte. Auf der andern Seite ist nun aber auch gar kein Zweifel möglich, ob Das, was die Römer wirklich exc. n. n. p. nannten, ein den heutigen Formalcontracten, namentlich dem Wechsel, gegenüber zulässiges Rechtsmittel sei. Es handelt sich hier natürlich nicht um die Beweiseinrede, sondern um die eigentliche Exception dieses Namens: und es ist schon oben[2]) dargelegt worden, daß in Bezug auf derartige Einreden die modernen Formalcontracte ganz nach der Analogie der Römischen Stipulation zu behandeln seien. So haben

---

Formalcontract durch Auflassung (Verlassung) eines Hypothekpostens und Einschreibung desselben ins Grundbuch übrig geblieben; vgl. Abh. I. §. 12, Anm. 1.

[2]) Abh. I. §. 12, bei Anm. 31—41. — Was den Reichsschluß von 1671, der im §. 5 die exc. n. n. p. gegen acceptierte Wechsel ausschließt, betrifft, so ist schon von Thöl, Wechselr. §. 297, Anm. 4, gegen Pöhls, Wechselr. Th. 2, S. 678, bemerkt worden, daß derselbe nicht publiciert ist. Jedenfalls würde aber dieser RS. nicht diejenige Einrede treffen, die ich unter jenem Namen verstehe.

denn auch in der That schon Andere[3]) ausgesprochen, daß eine exc. doli dann begründet sei, wenn der Beklagte die Wechselverpflichtung unter der Voraussetzung einer vom Kläger dagegen zu leistenden Geldzahlung übernommen habe, letztere aber ausgeblieben sei. Nach den oben ausgeführten Grundsätzen des gemeinen Rechtes trifft die Beweislast in der letztern Beziehung auch hier ohne Zweifel den Kläger.[4]) Ganz Dasselbe gilt von der entsprechenden condictio causa data causa non secuta. Somit würde es an jedem Grunde fehlen, die gemeinrechtlichen Vorschriften über die zweijährige Verjährung der querela non numeratae pecuniae, sowie die Perpetuierung derselben durch Protestation nicht auch in Bezug auf die heutigen Formalcontracte in Anwendung zu bringen.

Eine andere Frage ist es nun freilich, ob im heutigen Verkehre häufig die Voraussetzungen einer solchen quer. n. n. p. vorhanden sein werden: Dies ist sehr zu bezweifeln, insofern die causa des Formalvertrages in der Regel gar nicht in der erwarteten Geldzahlung selbst, sondern entweder in der Tilgung einer auf Uebernahme jener Verpflichtung gerichteten frühern Obligation, oder in einer dagegen übernommenen Verpflichtung des Wechselgläubigers, die Valuta oder die Deckung zu zahlen, bestehen wird. Zunächst soll in dieser Beziehung der bedingte Formalcontract, welcher zwischen dem Geber und dem Nehmer einer Tratte oder eines Wechselindossamentes geschlossen wird, betrachtet werden. Schon oben[5]) ist beiläufig erwähnt, daß das Verhältniß zwischen dem geldzahlenden Nehmer und dem Geber eines gezogenen Wechsels meistens als Kauf aufzufassen ist. Die Tratte ist für den Nehmer in der Regel eine Waare, wie andere, an deren Erlangung er ein Interesse hat, welches dem des Gebers, Geld dafür zu erhalten, ganz gleichartig gegenüber steht. Sie hat nämlich einen selbständigen Gebrauchswerth für den Nehmer, dem sie ein Mittel ist, z. B. sein müßiges Geld vortheilhaft anzulegen, indem er den Disconto daran verdient, oder sich die Gefahr und die Kosten von Geldsendungen in die Fremde zu ersparen, indem er seinem auswärtigen Gläubiger statt des baaren Geldes eine auf dessen Wohnort gezogene Tratte in Zahlung giebt. Daher liegt

[3]) Liebe, die Allg. D. WO. S. 109. 219 ff. Unger, Inhaberpapiere, S. 152 f.

[4]) Dies scheint auch die Ansicht von Liebe a. a. O. S. 220 zu sein.

[5]) §. 4, bei Anm. 14—16.

hier fast immer ein gegenseitiger obligatorischer Vertrag vor, durch den sich der Eine zum Geben des Wechsels, der Andere zur Zahlung der Valuta verpflichtet hat: das wirkliche Geben des Wechsels hat dann den Rechtsgrund der solutio, d. h. der Tilgung der Obligation aus diesem Vertrage, aus diesem Verkaufe.

Auch das Geben eines eignen Wechsels kann, wo ihm synallagmatisch eine Geldzahlung gegenübersteht, die Erfüllung einer Verkaufsobligation zur causa haben. Personen, die Bankgeschäfte treiben und sich eines bedeutenden Credites erfreuen, geben wohl eigne Wechsel (namentlich) Sichtwechsel, oder Wechsel auf kurze Zeit nach Sicht) aus, die bis zu ihrer Fälligkeit am Orte der Ausstellung, oder auch bei Reisen oder für Zahlungen nach auswärts hin, insofern für Einlösung an dem betreffenden Orte gesorgt ist, ganz die Stelle von Papiergeld vertreten. Wer nun zu diesem Zwecke einen solchen eignen Wechsel gegen eine Geldzahlung von dem Aussteller an sich bringt, für Den ist der Wechsel Waare: er *kauft* ihn also. Gewöhnlich möchte freilich bei eignen Wechseln diese Auffassung nicht zutreffen. Sie treten vielmehr oft nur bei Darlehen an die Stelle des einfachen Versprechens der Rückzahlung, juristisch betrachtet gerade wie bei den Römern die Stipulation, thatsächlich um dem Darleiher ein strengeres Klagrecht, und etwa auch, insofern es sich nicht um einen Wechsel mit der Clausel: „nicht an Ordre" handelt, eine negotiable Forderung zu verschaffen. In solchen Fällen scheint doch wohl kein Kauf vorzuliegen, da der Wechsel für den Empfänger nicht als Waare in Betracht kommt, und er nur, so zu sagen, ein accessorisches Interesse an der Erlangung desselben hat: man wird im Zweifel schwerlich einen vorgängigen gegenseitigen obligatorischen Vertrag annehmen können[6]), wodurch sich die Parteien einander zur Wechselausstellung und zur Geldzahlung verpflichtet hätten.[7]) Dennoch unterscheidet sich dieser

[6]) Wo ein solcher dennoch etwa vorläge, würde er in der That ein Kauf sein.

[7]) Zweideutig drückt sich ein Erk. des OT. zu Stuttgart von 1855 (*Seuffert*, Archiv, Bd. 9, No. 207, a. E.) aus: die gezahlte Valuta sei nicht Darlehen, sondern Gegenleistung für den Wechsel: es liege ein *Kauf oder Tausch* vor. Aehnlich ein Erk. des OG. zu Wolfenbüttel von 1854 (*Seuffert*, Archiv, Bd. 8, No. 79. *Schletter*, Jahrb. Bd. 1, S. 235, No. 61), von dem ich aber nicht zu sagen weiß, ob es sich auf einen gezogenen, oder einen eignen Wechsel bezieht: die Hingabe des Geldes erscheine nicht als Darlehen, sondern als *Gegenleistung und Kaufpreis* der dem Wechselnehmer durch den Wechsel zugewandten

Fall von dem der Römischen Stipulation; ich glaube wenigstens, daß man mindestens da, wo der Wechsel — was das Gewöhnliche ist — indossierbar ist, Denjenigen, welcher denselben einmal im Voraus genommen hat, im Zweifel auch für verpflichtet halten wird, das Darlehen nun wirklich zu geben, d. h. daß man dem Aussteller die actio praescriptis verbis zu diesem Zwecke gestatten wird. Denn hier handelt es sich um einen Fall nach der Form do ut des, welcher der Hingabe einer Sache von reellem Werthe ganz gleich steht, da der Wechsel von dem Empfänger als Waare zum Weiterverkaufe benutzt werden kann: und wo eine andere Sache, als eine bloße Beweisurkunde als Vorleistung hingegeben war, da wurde auch im Römischen Recht im Zweifel stäts ein Innominatcontract angenommen.[8]) Außerdem ist noch der dritte Fall möglich, daß sich Jemand durch bloßes pactum verbindlich gemacht hat, einem Andern gegen Ausstellung eines Solawechsels ein Darlehen zu geben, ohne daß dagegen letzterer seinerseits sich verpflichtet hat, es zu nehmen und den Wechsel dafür zu geben.

In allen bisher besprochenen Fällen ist demnach in der Regel nicht an eine exc. n. n. p. zu denken. Der Wechselschuldner kann dagegen eine Compensationseinrede haben, zu deren Begründung er im Falle eines Kaufes, so wie eines selbständig abgeschlossenen pactum de mutuo dando natürlich nicht zu behaupten, noch zu beweisen braucht, daß der Wechsel im Voraus hingegeben sei, sondern nur den seine Gegenforderung begründenden Vertrag, wohl aber im Fall eines Contractes do ut des. Wenn man auch im heutigen Rechte neben der actio praescriptis verbis noch die cond. c. d. c. n. s. fortbestehen läßt[9]), so ist zwar im letztern Falle neben der

Forderung; mit Berufung auf l. 126, §. 2 D. de V. O. l. 6, §. 1. l. 7 D. de novat. l. 52, pr. §. 3 D. de O. et A. (vgl. S. 192 u. 195), so wie auf Liebe, die Allg. D. WO. S. 219 f., und Thöl, Wechselr. §§. 177. 184, denen aber allen die Idee eines Kaufes ganz fremd ist.

[8]) Vgl. §. 4 gegen Ende. — Dies wäre übrigens gerade einer der dort in Anm. 24 besprochenen Fälle, wo noch heutzutage unbenannte Realcontracte geschlossen werden.

[9]) Diese Frage ist bis jetzt kaum erörtert worden. Denn nicht bedenkend, daß man auch heutzutage, außer Consensualverträgen, noch unbenannte Realverträge schließen kann, hat man durchgängig nur die Frage besprochen (vgl. Erxleben, die Cond. s. c. Th. 2, S. 463—474, und außer den dort Citierten, Chambon, Beitr. zum Obl. R. Bd. 1, S. 44 f.), ob bei Consensualverträgen Raum für jene cond. c. d. c. n. s. bleibe: eine Frage, die allerdings unzweifelhaft ver-

Compensationseinrede auch die exc. n. n. p. noch zulässig; aber einmal liegt dann vielleicht wegen wegfallenden Neurechtes[9a]) bei ihr die Beweisvertheilung zum Nachtheile des Beklagten, und sodann ist jedenfalls ihre Verjährung ohne praktisches Interesse, da erstere, welche ganz dieselben thatsächlichen Voraussetzungen hat, doch bestehen bleibt.[10])

Es versteht sich von selbst, daß jede Einrede aus dem Valutaverhältnisse in der Regel nur dem unmittelbaren Nachmanne, resp. dem ersten Nehmer des Solawechsels, entgegen gesetzt werden kann; doch ist ein derartiges Verhältniß zu einem mittelbaren Nachmanne nicht geradezu ausgeschlossen.[11])

Es bleibt noch das Deckungsverhältniß in Beziehung auf den Acceptanten einer Tratte oder Anweisung zu besprechen. Natürlich ist es möglich, daß gerade Derjenige aus dem Accept gegen ihn klagt, von dem er noch seine Deckung zu erwarten hat; aber schwerlich denkbar ist es, daß der Acceptant in einem solchen Falle nicht auch ein selbständiges Forderungsrecht, namentlich die actio mandati contraria, gegen den Kläger haben sollte[12]): also wird seine etwanige Einrede die der Compensation sein.[13])

---

neint werden muß. Brinz, der auch für das heutige Recht noch unbenannte Realverträge anerkennt, will nun (Pandekten, Abth. 1, §. 97, S. 410 f.) bei ihnen noch die cond. c. d. c. n. s. zulassen, die freilich auch mit ihrem Wesen in innerm Widerspruch steht (vgl. §. 4, bei Anm. 17).

[9a]) Vgl. §. 6, besonders Anm. 24.

[10]) Nur die Einrede der Compensation scheinen in solchen Fällen für juristisch denkbar zu halten Thöl, Wechselr. §. 297, No. 4 u. 5, Renaud, Wechselr. §. 79, Anm. 10, und Walter, Deutsches Privatr. §. 367. Das OT. zu Berlin nennt die fragliche Einrede: „der Compensation, resp. des generellen Dolus", nach Schletter's Jahrb. Bd. 3, S. 113, No. 33. Bähr ist in diesem Puncte unklar. Vgl. Abh. I. §. 12, bei Anm. 35—41. — Ganz verwerflich ist natürlich die Bezeichnung dieser Einrede als exc. non adimpleti contractus, bei Cropp, juriſt. Abh. Bd. 2, No. 13, S. 402.

[11]) Vgl. Thöl, Wechselr. §. 297, Anm. 8.

[12]) Daß durch das bloße Factum der Acceptation bis auf Weiteres die actio mandati contraria auf vor der Zahlung zu beschaffende Deckung begründet erscheine, kann indessen nicht angenommen werden; vielmehr hat der Acceptant noch weitern Beweis hierüber zu führen; vgl. Cropp, jur. Abh. Bd. 2, No. 1, S. 30—33 (der auch hier fälschlich von einer exc. non adimpleti contractus spricht). Liebe, die Allg. D. WO. S. 109. 219. Erk. des OT. zu Berlin von 1853 in Schletter's Jahrb. Bd. 1, S. 37, No. 29.

[13]) Liebe spricht freilich auch hier nur von der exc. doli wegen mangelnder

Für jede Einrede aus dem Valutaverhältniß, sei sie ausnahmsweise die exc. n. n. p., oder sei sie Compensationseinrede, ist es noch von Wichtigkeit, die Bedeutung der etwa im Wechsel enthaltenen Bescheinigung: „Valuta (Werth) empfangen", oder einer gleichgeltenden festzustellen.[14]) Für die exc. n. n. p. nun, und eben so für die Compensation aus einem Contracte do ut des, würde sie keinenfalls in Betracht kommen, als Gegenbeweisgrund hinsichtlich des Fundamentes der Einrede nicht, da der Beweis, um den es sich hier handelt, ja eben dahin geht, daß der ganze Wechsel, und diese Clausel mit ihm, in Erwartung einer noch zu empfangenden Geldzahlung, resp. mit dem Zwecke, den Nehmer zu dieser Zahlung zu verpflichten, hingegeben sei, und ferner selbstverständlich nicht als Hauptbeweismittel für eine etwanige *spätere* wirkliche Zahlung. Dagegen liefert in den andern Fällen der Compensationseinrede jene Bescheinigung, wie ich glaube, den vollen Beweis, daß die vom Beklagten zur Compensation bestimmte Forderung schon früher getilgt sei. Nur wo etwa gerade *diese* Clausel zu den gesetzlichen Erfordernissen des Wechsels gehören sollte, würde es bedenklich sein, den erwähnten processualischen Gebrauch davon zu machen; aber nach der D. WO. ist ja sogar *jede* Hindeutung auf das Valutaverhältniß überflüssig. Freilich ist dennoch im Verkehr (außer bei Blancoindossamenten) die Einschiebung *irgend einer* Erwähnung der Valuta fast so gebräuchlich, als wäre sie nothwendig; aber da der Aussteller oder Indossant es ganz in seiner Wahl hat, hinzuschreiben: „Werth in Rechnung", „Werth verstanden", oder andere nichtssagende Worte, so fehlt es an jedem Grunde, ihn nicht bei seinem Bekenntnisse: „Werth empfangen" festzu-

---

causa. — Auch das OAG. zu Lübeck, in *Thöl's* Entscheidungsgründen, No. 243, hat eine Klage, mit der der Acceptant im Wege der Widerklage von dem Remittenten, für dessen Rechnung er acceptiert zu haben behauptete, die Deckung forderte, als *Condiction* bezeichnet. Dies muß indessen als generelle Bezeichnung der aus dem Wechselprocesse ad reconventionem verwiesenen Gegenansprüche genommen werden. Materiell ist nicht an eine cond. c. d. c. n. s. oder eine andere cond. s. c. zu denken, sondern an eine Contractsklage; denn der Widerkläger behauptet (S. 328), „daß W. ihm für die in conventione ausgeklagten drei Wechsel Gegenaccepte *versprochen* habe."

[14]) Für das Deckungsverhältniß sind dergleichen Clauseln beim Accepte bekanntlich durchaus ungebräuchlich.

halten.[15]) Natürlich steht es dann beim Beklagten, nicht nur dieses Geständniß durch Gegenbeweis zu widerlegen, sondern auch die Benutzung desselben durch Vorschützung und Begründung der Beweiseinrede des nicht gezahlten Geldes, von der alsbald zu reden sein wird, ganz zu hindern.

So Viel von Wechseln und Anweisungen. Die Anwendung auf die Formalobligationen aus Inhaberpapieren, die übrigens fast ohne praktisches Interesse ist, ergiebt sich darnach von selbst.[16])

Nach der in Abh. I. §. 11 gegebenen Ausführung darf als fest-

[15]) Aehnlich Bähr a. a. O. S. 276, und Erk. des OAG. zu Lübeck von 1835, bei Thöl, Entscheidungsgründe, No. 237, und von 1853, bei Seuffert, Archiv, Bd. 8, No. 80 u. 81, u. im neuen Archiv f. Handelsr. Bd. 1, S. 107 f.; vgl. auch Thöl, Wechselr. §. 177, S. 113. Bei Indossamenten muß nur, wegen der Möglichkeit von Blancoindossamenten, noch besonders nachgewiesen werden, daß jenes Bekenntniß vom Indossanten selbst herrührt; vgl. das angef. Erk. von 1853.

[16]) Desgleichen die Anwendung auf die particularrechtlichen Formalobligationen aus Hypothekposten; vgl. Anm. 1, u. Abh. I. §. 12, Anm. 1. Die Auffassung der hier in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse bei Cropp, juriſt. Abh. Bd. 1, No. 18, S. 373—379, Gries, Commentar zum Hamb. Stadtr. Bd. 1, S. 282 bis 288, und Baumeister, Hamb. Privatr. Bd. 1, S. 176 f., ist unklar, weil nicht mit Bewußtsein von dem Begriffe des Formalcontractes ausgegangen wird. Wenn man diesen zu Grunde legt, so kann einerseits von einem processualisch wirkenden Schuldbekenntnisse, das in der Eintragung des Postens ins Stadtrentebuch läge, keine Rede sein; andrerseits ist natürlich eben so wenig an eine Präsumption, die für ein dagegen zu empfangendes Darlehen als gewollte causa des Geschäftes spräche, zu denken. Der eingetragene Posten kann aber aus dem Gesichtspuncte der objectiv mangelnden causa entweder durch den Nachweis, daß aus entschuldbarem Irrthume eine nicht bestehende Schuld als bestehend (oder eine nicht geschehene Geldzahlung als schon erfolgt) vorausgesetzt sei, oder durch den Nachweis, daß eine Geldzahlung noch dagegen habe stattfinden sollen, verbunden mit der dem Gegner den Beweis zuschiebenden Behauptung, daß dieselbe nachher nicht erfolgt sei (exc. n. n. p. oder cond. c. d. c. n. s.), angefochten werden. Auch in Betreff des letztern Punctes dem Schuldner den Beweis aufzulegen (s. Erk. des OAG. zu Lübeck von 1843, in der Hamb. Samml. Bd. 1, S. 74. 76. Baumeister a. a. O. S. 177, Anm. 8), würde sich nur durch ein entschiedenes, übrigens ganz singuläres Gewohnheitsrecht rechtfertigen. Existiert ein solches nicht, so muß dagegen ohne Zweifel auch hier die zweijährige Verjährung der quer. n. n. p. angewandt werden. Freilich wird nun aber auch hier in den meisten Fällen die cond. c. d. c. n. s. durch eine Contractsklage, die exc. n. n. p. durch eine aus einer wahren Verbindlichkeit des Posteninhabers herzunehmende Compensationseinrede verdeckt sein, bei denen sicher der letztere den Beweis der Erfüllung zu führen hat, ohne daß darum die zweijährige Verjährung stattfände. — Uebrigens irrt Delbrück, in der Zeitschr. f. Deutsches R. Bd. 15, S. 128. 135, wenn er

stehend betrachtet werden, daß es andern Schuldurkunden, namentlich einfachen Schuldscheinen und Anerkennungsurkunden, gegenüber gemeinrechtlich, da sie keine Formalcontracte sind, auch keine eigentliche exc. n. n. p., sondern nur eine Beweiseinrede dieses Namens geben kann.

Was nun diese anlangt, so ist ihre vom Gegenbeweise gesonderte Existenz, wenn man sich auch bisher in Theorie und Praxis nicht immer klar darüber gewesen sein mag, doch nach der Natur der Sache nicht zu bezweifeln: es genügt hier auf die in den §§. 9 u. 10 schon bei Besprechung des Römischen Rechtes gegebene Darlegung zurück zu verweisen. Ferner sehe ich auch keinen Umstand, der uns bewegen könnte, die Bestimmungen des Römischen Rechtes über die Beweislast bei dieser Beweiseinrede und bei der analogen Condiction der Urkunde, so wie über die vollständige Ausschließung dieser querela n. n. p. in einigen, und ihre, durch rechtzeitige Protestation zu verhindernde, Verjährung in andern Fällen heutzutage für unanwendbar zu erklären.

Vom Standpuncte der herrschenden Auffassung der quer. n. n. p. aus ist freilich oft behauptet worden, daß, obwohl das Römische Recht den Gegenbeweis gegen die jener querela ausgesetzten Urkunden nach Ablauf der Frist ganz ausschließe, dieser Vorschrift ein entschiedenes Deutsches Gewohnheitsrecht entgegenstehe; aber selbst wenn diese Behauptung begründet wäre, was sie nicht ist[17]), so würde daraus keineswegs folgen, daß analog auch unsere Beweiseinrede wenigstens mit der Modification, daß der Product auch den Beweis der spätern Nichtzahlung übernähme, überall in perpetuum zugelassen werden müßte. Denn während es allerdings nie Sinn hat, den Ge-

---

meint, daß die Hamburgische Praxis einem spätern Erwerber des Postens gegenüber Einreden aus der Person eines Vormannes, wie beim Wechsel, unbedingt ausschließe; vgl. Cropp a. a. O. S. 377 f., Anm. 83. Baumeister a. a. O. S. 176.

[17]) Vgl. Bähr, S. 246, Anm. 3, der die entgegengesetzte Sächsische Praxis anführt. Auch Cropp, jur. Abh. Bd. 1, S. 385 f. bestreitet jenes angebliche Gewohnheitsrecht — welches übrigens als Particularrecht wohl vorkommen mag — und theilt ein im J. 1824 in seinem Sinne ergangenes Urtheil des OAG. zu Lübeck mit. Auch später hat dieses Gericht, obwohl es wenigstens in Betreff des Hamburgischen Rechtes einmal schwankte (vgl. Rechtsf. a. dem Geb. des Handelsr. Th. 1, S. 114. Gries, Commentar, Bd. 1, S. 94 f.), im Ganzen diese Ansicht festgehalten; vgl. Hamb. Samml. Bd. 2, S. 125 f. Baumeister, Hamb. Privatr. Bd. 1, §. 43, Anm. 22.

genbeweis, daß die Thatsache, auf welche allein nach der einmal bestehenden Ordnung des materiellen Rechtes der Producent den von ihm geltend gemachten Anspruch stützen kann, sich gar nicht ereignet habe, abzuschneiden, sprechen für die Beschränkung einer so leichten und in gewissem Sinne der wahren Absicht der Parteien widerstreitenden Anfechtungsart der außergerichtlichen Geständnisse, wie die exc. n. n. p. ist, allerdings einige praktische Gründe[18]); die Beweiseinrede aber, die sich darauf stützt, daß bis heute die vorausgesetzte nachträgliche Geldzahlung nicht erfolgt sei, ist nicht eine von der exc. n. n. p. verschiedene Beweiseinrede, sondern vielmehr die exc. n. n. p. selbst, bei welcher nur freilich nach dem einmal geltenden Rechte die Beweislast hinsichtlich jenes Punctes ungünstig für den Producenten liegt.[19])

Daß der durch die Römischen Bestimmungen über die quer. n. n. p. herbeigeführte Rechtszustand an Halbheit leidet, und die Erfinder dieser Vorschriften damit keineswegs, wie sie beabsichtigten, dem praktischen Bedürfnisse völlig gerecht geworden sind, ist allerdings nicht zu bezweifeln; denn was in dieser Beziehung im §. 8 wegen der eigentlichen exc. n. n. p. bemerkt ist, gilt analog auch von dieser Beweiseinrede.

Vielleicht würde legislativ Manches dafür sprechen, das außergerichtliche Geständniß gar nicht als eigentliches Beweismittel, sondern als einen Vertrag aufzufassen, wodurch für den Fall eines Rechtsstreites die Beweislast über die betreffende Leistung von Dem, welchem sie nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen obliegen würde, auf den andern Contrahenten übertragen würde. Somit würde der Product nicht bloß den Gegenbeweis zu führen haben, daß die dem Wortlaute nach als empfangen zugestandene Leistung zu der aus dem Geständnisse erhellenden Zeit in Wahrheit nicht erfolgt sei, sondern den Beweis, daß er auch später eine Leistung, wie die bescheinigte, nicht vom Producenten erhalten habe, zu welchem Beweise, der kein Gegenbeweis mehr sein würde, er sich dann aber der Eidesdelation müßte bedienen können; von einer besondern exc. n. n. p. könnte daneben nicht wohl mehr die Rede sein. Jedoch Dies bleibe dahin gestellt: jedenfalls muß ich bestreiten, daß nach geltendem Rechte zu dem directen Gegenbeweise seinem Begriffe nach Mehr gehört, als die Darlegung, daß zur Zeit der Ausstellung des Scheines die Geld-

[18]) S. §. 10, vgl. mit §. 8. — [19]) Vgl. §. 8, S. 234.

zahlung in Wahrheit noch nicht stattgefunden habe, was allerdings in der Praxis bisweilen nicht beachtet wird.[20])

Es ist noch darauf hinzuweisen, daß es wegen des im heutigen Proceßrechte geltenden Princips der peremptorischen Fristen nicht mehr, wie bei den Römern (§. 10), gleichgültig ist, ob man sich den nachträglichen Beweis der wirklich erfolgten (nachträglichen) Zahlung als ein Stück des Hauptbeweises, oder als Beweis einer Beweisreplik denkt; nach Ablauf der peremptorischen Beweisfrist ist natürlich nur der letztere noch zulässig.

Ferner ist hier zu zeigen, wie sich zwei sonst wohl analog in Betreff des „Beweisbeneficiums" verhandelte Streitfragen von dem neu gewonnenen Standpuncte aus entscheiden.

Zuerst: in welchem Proceßstadium muß die exc. n. n. p. vorgeschützt werden? — Diese Frage beantwortet sich hier von selbst: natürlich ist ihr eigenthümlicher Ort die Beweisinstanz; wenn aber zur Klage, oder zur Vernehmlassung u. s. w. schon die betreffende Urkunde beigebracht ist, so hat der Gegner nach den Grundsätzen vom anticipierten Beweise bei seiner nächsten Handlung die exc. n. n. p. dagegen vorzuschützen.[21])

Sodann: gegen welche Urkunden findet die exc. n. n. p. statt? auch gegen solche, welche die Zahlung in eine bestimmte Vergangenheit setzen, oder nur gegen solche, welche schlechthin die Existenz, resp. die Tilgung, der Schuld bezeugen? — Die Antwort muß offenbar für die erstere Alternative ausfallen; denn die exc. n. n. p. stützt sich ja überhaupt nicht darauf, daß die Urkunde für eine gewisse Leistung ausgestellt zu sein *vorgebe*, sondern darauf, daß sie *erweislich* nur unter Voraussetzung einer noch zu empfangenden Geldzahlung ausgestellt *sei*. Dabei ist es auch gleichgültig, ob die Darlehnsurkunde außer der Empfangsbescheinigung etwa noch ein

---

[20]) Vgl. *Puchta*, Vorlesungen, §. 305. *Bähr* a. a. O. S. 249, Anm. 10. — Was die Praxis betrifft, so geht *Bähr's* Behauptung, sie *pflege* eine Ausdehnung des Gegenbeweises auch auf die Zeit *nach* Ausstellung der Urkunde zu begehren, wohl zu weit. Doch ist z. B. so erkannt vom OAG. zu Celle (Magazin f. Hann. R. Bd. 4, S. 126. *Schletter's* Jahrb. Bd. 1, S. 221, No. 91), zwar auf Grund particularrechtlicher Bestimmungen über die exc. n. n. p., die aber über die vorliegende Frage Nichts enthalten.

[21]) JNA. §. 39. *Heffter*, System des Civilpr. §. 396.

Constitutum enthält[22]), und ob die Klage auf das Darlehen, oder auf das Constitutum, oder auf Beides gestützt wird.

Endlich habe ich noch die Besonderheit der Justinianischen exc. non num. dotis zu berühren, aber nur um zu bemerken, daß Nichts gegen ihre heutige praktische Anwendbarkeit spricht. Zwar gehört zu dieser Besonderheit, wie im §. 13 gezeigt, in der That der Ausschluß des Gegenbeweises gegen die mit dem Ablaufe der Frist eintretende Fiction, daß die im Dotalinstrumente bestellte Dos auch ausbezahlt sei, und wenn mit der bisherigen Auffassung der exc. n. n. p. wirklich ein Gewohnheitsrecht verbunden sein sollte, welches gegen die diesem „Beweisbeneficium" ausgesetzten Urkunden den Gegenbeweis in perpetuum zuließe, einerlei was das richtig verstandene Römische Recht über diesen Punct angeordnet haben möchte, so würde gewiß dieses Gewohnheitsrecht auch gegen jene Justinianischen Bestimmungen über die exc. non num. dotis seine Geltung behaupten müssen; aber wie schon erwähnt[23]), ist wenigstens ein gemeines Gewohnheitsrecht jenes Inhaltes nicht anzuerkennen.

So Viel von der exceptio non numeratae pecuniae des heutigen Rechtes in ihren verschiedenen Bedeutungen. Zum Schlusse ist nunmehr noch der replicatio non numeratae pecuniae zu gedenken, welche natürlich auch noch bei uns einer exceptio pacti conventi gegenüber denkbar ist. Nach dem oben Ausgeführten unterliegt indessen sie so wenig einer Verjährung, wie (abgesehen von der allgemeinen Klagverjährung) die analoge cond. c. d. c. n. s. auf Wiederherstellung einer durch ipso iure wirkenden Erlaßvertrag aufgehobenen Obligation.[24]) Inwiefern nach unserm Recht ein solcher Vertrag, inwiefern ein nur ope exceptionis wirksames pactum anzunehmen sein würde, ist freilich eine Frage, deren Erörterung hier zu weit führen würde. Das muß aber jedenfalls betont werden, daß, wo eine Obligation durch Erlaß ipso iure aufgehoben sein sollte, auch heutzutage eine replicatio non numeratae pecuniae ein Unding wäre.[25])

[22]) Z. B. „ich bekenne dem A aus einem Darlehen 100 Thlr. schuldig zu sein und verspreche sie zu bezahlen"; vgl. Abh. I. §. 11, Anm. 37.

[23]) Vgl. Anm. 17.

[24]) S. §§. 9 u. 11. — Selbst wenn hier in Betreff der Römischen Praxis noch Zweifel übrig geblieben sein sollten, so würde für unser Recht doch jedenfalls der Umstand entscheidend sein, daß von den fraglichen Verjährungen im Corpus iuris Nichts vorkommt.

[25]) Dies gegen Brinz, Pandekten, Abth. 1, §. 148, S. 639; vgl. ob. §. 11, S. 259.

Zusätze und Verbesserungen.

S. 4 Z. 1 v. o. wäre neben Gneist und Bähr etwa noch Sintenis, pract. gem. Civilr. Bd. 2, §. 96, Anm. 25, S. 255—257, zu nennen.

„ 30 Anm. 7 hätten Heimbach sen. und Heimbach jun. neben einander genannt werden müssen: von diesem rührt „die Lehre von dem Creditum", von jenem der Aufsatz in der Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. her.

„ 30 Z. 18 v. o. wäre vor Rudorff zu nennen gewesen Sintenis, pract. gem. Civilr. Bd. 2, §. 96, Anm. 48, S. 270.

„ 32 Z. 10 v. u. lies: §. 309, und kleine civilist. Schriften, S. 610, und.

„ 40 Z. 2 v. u. st. einerlei l. (einerlei.

„ 42 Z. 15 v. u. lies: Anm. 90, Sintenis, pract. gem. Civilr. Bd. 2, §. 96, Anm. 48, S. 270, und.

„ 46 Z. 14 v. o. st. dieser l. diesen.

„ 64 Anm. 4 st. worunter — Contocouranten lies: worunter die Rechnungsverhältnisse, die Contocouranten der Argentarien mit ihren einzeln Kunden zu verstehen sind, wie sie sich aus sämmtlichen Geschäftsbüchern der erstern, unter denen natürlich auch ein Kassabuch war, ergeben.

„ 66 Z. 5 v. u. st. [41]) l. [11]).

„ 89 Z. 12 v. u. ist zu bemerken, daß Paul. R. S. 5, 7, 2 im Corpus iuris durch den §. 17 I. de inutil. stip. 3, 19 vertreten wird.

„ 101 Z. 6 v. u. st. hat mit Bestimmtheit Cropp l. haben mit Bestimmtheit Einert, Wechselr. §. 18, S. 85. §. 102, S. 525—527. §. 104, S. 538—541, und Cropp.

„ 109 Z. 18 v. o. st. §. 1 l. §. 2, S. 23.

„ 115 Z. 1 v. u. st. 1 l. 2.

„ 120 Anm. 15 ist der Satz: „Letzterer—nichtig" zu streichen.

„ 138 Z. 17 v. u. st. Beiden l. Beidem.

„ 150 Z. 4—7 v. o. wäre zur Vergleichung mit l. 6 C. 6, 44 Nep. l. 6, §. 1 D. de pecul. leg. 33, 8 anzuführen gewesen.

„ 160 Z. 1 v. u. st. Jeg. l. leg.

„ 205 Rubrik st. condicto l. condictio.

„ 207 Z. 8 v. u. lies: sondern eine unbedingt.

„ 209 Z. 2 v. u. st. c. s. l. s. c.

„ 210 Z. 14 v. u. setze hinter dritte ein Komma.

„ 211 Z. 11 v. u. st. agerepotero l. agere potero.

„ 232 Z. 22 v. o. tilge er.

„ 233 Z. 10 v. o. lies: exc. n. n. p., also nur auf Grund einer schon verjährten cond. c. d. c. n. s. vorgeschützt.

„ 233 Z. 1 v. u. st. c. l. x.

„ 242 Z. 1 v. u. st. e l. de.

„ 250 Z. 5 v. u. st. caussetur l. causetur.

„ 258 Z. 5. v. o. st. pr. l. §. 1.

„ 265 Z. 13 v. u. st. B. 1 l. Bd. 2.

„ 277 Z. 5 v. u. setze hinter Stipulation ein Komma.

„ 280 Z. 9 v. o. tilge das Komma hinter werden.

„ 282 Z. 6 v. u. st. 138 l. 183.

„ 284 Z. 5 v. u. st. exe. n. np. l. exc. n. n. p.

„ 297 Z. 9. v. u. st. nun l. nur.

„ 302 Z. 2 v. u. st. den. l. de n.

„ 313 Z. 2 v. u. st. 127 l. 217.

Druck von J. B. Hirschfeld in Leipzig.

AUG 21 1984

PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY

KK
1640
S35
1958

UTL AT DOWNSVIEW
D RANGE BAY SHLF POS ITEM C
39 09 02 22 13 016 9